Visto per Bollo a Pisa li 6 Agosto 1836 pagò s. 1 e d. 8

35484

SAGGIO

D' INTERPRETAZIONE

DELLA LEGGE FILIUS XV.

Dig. de Conditionibus institutionum

CHE DIMOSTRA LA VALIDITA' DEL TESTAMENTO

DEL FU SIG.

ADRIANO PRATO

QUERELATO DI NULLITA'

DAL SACERDOTE

LUIGI PRATO

Avanti il Tribunale

DEI BAGNI DI S. GIULIANO

BIBLIOTECA NAZIONALE V.E. III NAPOLI

PISA

Tipografia Pieraccini

Digitized by Google

Eccellentissimo Signore

Costretto fin quì a procedere anzi per divinatorie supposizioni che per razionali argomenti nel sostenere la validità del testamento, col quale mancò ai viventi il sig. Adriano Prato, sentii slargarmisi il cuore allorchè all'udienza del 19. Luglio corrente 1836. si annunziò a sostegno della nullità di quell'atto il disposto dalla Legge *15. de conditionibus institutionum*. Veneratore per inclinazione e per ministero del Romano diritto e specialmente di quel sommo Giureconsulto, da cui quel frammento si tolse, nulla ebbi più a cuore che di esaminare attentamente quella Legge e questo fatto che la causa presenta, sicchè conosciuta la estensione e la comprensione di quella, e le circostanze tutte di questo, fosse luogo a paragonare i fatti che

la legge comprende, e quelli che la causa presenta, e da questo confronto potesse muovere sicuro il Giudizio diretto a pronunziare sulla validità del contrastato testamento. Io tentai all'improvviso questo confronto, e soggettandolo al potere giudiciario avventurai questo Giudizio. Senz' arte, senza ornamenti, senza pretendere ad altro che a trovare la verità, scrivo ciò che io dicea, tento la interpretazione della Legge che presiede alla contraria querela, e cerco così di eccitare il mio dotto Avversario a correggermi, il Giudice a supplirmi, il Pubblico a pronunziare, se l' Esecutore del testamento mostri abbastanza di ragione e di zelo nell' adempiere a quel dovere di difesa che gli è stato pubblicamente imposto.

FATTO

I. Padre d'una numerosa famiglia, tenace amico dell' ordine e della familiare unità, amoroso egualmente per tutti i suoi figli e però bramoso di rendere proporzionati ai bisogni di ciascuno tra essi i mezzi del sodisfarvi, il sig. Adriano Prato nel 1832. divideva tra essi per testamento il suo Patrimonio; così l'avess' egli diviso con un' irretrattabile atto tra i vivi! Rendeva con quel testamento eguale la sorte economica dei suoi figli, e per cinque che essi erano tutti uomini fatti, maggiori di 30. anni, e sciolti già dalla patria sua potestà, in cinque parti divideva la sua eredità. Se non che, pensan-

do, da un lato che l'un tra essi, il Parroco Don Luigi Prato aveva già per le sue cure uno stato onorevole, ed utile in società, il quale mentre gli dava diritto a vivere dall' Altare, diminuiva notabilmente i suoi bisogni colla Legge del Celibato, e volendo caricare di cure gravissime dall' altro lato il Dott. Massimiliano Prato che designava a capo e consiglio e guida, ed economo della familiare associazione, giudicò, padrone com'era d'un Patrimonio, che aveva egli stesso formato che fosse congruo e possibile trasferire al secondo tra essi una parte di quel superfluo che al primo toglieva, o a meglio dire che ad esso non attribuiva.

II. Così, dando la scelta al figlio ecclesiastico tra il pingue legato di scudi trecento annui e la legittima porzione fissata dalle leggi, dava al Dott. Massimiliano in legato tutto quel più che di questa porzione, alla legittima sopravanzava. Nè inutilmente, o senza oneri molti, e gravissimi. Poichè lasciandogli quel sopravanzo, lo ponea per dieci anni a disposizione di tutti, e nell' apparenza d'una onorevole soprintendenza, lo caricava delle cure, degli aggravi, della responsabilità, dei dispiaceri d' ogni sorte, che porta seco un' amministrazione di quella indole che piacque al testatore di imporgli, siccome la ragione ed il fatto concorrono a dimostrare.

III. Creato secondo il modo suo di vedere un successore alle cure amorevoli della sua paternità,

un centro a quella società familiare che anche mancato il vincolo suo naturale, si figurava durabile, Adriano Prato creava a quella società la sede, o a meglio dire rendeva ad essa perpetua quella che la natura stessa li destinava, la casa che avea raccolto i suoi figli per tutta la vita. E di questa parea far dono a Massimiliano, ma col legarne l'abitazione ai figli istituiti e a' Nipoti che dal matrimonio contratto per loro nascerebbero, rendea quel dono non sò se più grave, o prezioso.

IV. Preparate le cose, il provido Testatore spiegava i suoi desiderj di vedere in quella casa riuniti i figli, e que' che da lor nascerebbero. Quindi volendo rendere que' suoi desiderj efficaci, si dirigeva agli eredi, e ponea per condizione alla istituzione di Tiberio Ermenegildo e Romualdo una promessa solenne di non separarsi e dividersi dal fratello Massimiliano per anni dieci, di lasciare che per altrettanto tempo amministrasse egli le loro quote ereditarie, e finalmente di non contrarre per altrettanto tempo obbligazioni. Tre erano così le cose da promettere, ma *la condizione cadea sulla sola promessa*, disgiunta affatto dal peso di mantenerla. Poichè pensando che, emessa questa condizionale promessa, i figli poteano pure mancarvi, il testatore non stendeva la condizione della istituzione fino all' osservanza, severamente, ma sempre buono e indulgente si contentava di dare alla violazione della promessa una pena, lasciando che, a promessa fatta, nascesse in essi la qualità d' eredi i-

stituiti, e soggettandoli unicamente al pagamento di scudi quattromila, ove violassero quella condizione che col solo promettere (e ciò è ben poco) si teneva adempiuta senza l'obbligo del mantenere.

v. Spingendo però non solamente il rispetto alle leggi ma quello pure alla volontà dei suoi eredi fino all' eccesso, abbenchè conoscesse che se non piaceva loro quella condizione di promettere, potea detrarsi dalla loro legittima, dichiarava che, ove non piacesse loro di eseguire la condizione, cioè di emettere la promessa ingiunta, si avrebbero per sostituiti ad essi i figli loro nati e nascituri, e che i figli repugnanti a promettere si terrebbero contenti alla porzione legittima che senza aggravi e senza condizioni loro assegnava.

vi. Stava così Adriano Prato in atto di chiudere il suo testamento, e avea la coscienza (e la rassicurava l'abilissimo Giureconsulto che riceveva la sua volontà) di non avere anche per un atomo solo, o per una sola tra le sue voglie, mancato alle leggi. Non contento però, si fermava tuttora per dichiarare (grande e gravissima dichiarazione) che ove trovasse alcuna delle sue disposizioni inciampo nelle leggi, piuttosto dovesse questa cassarsi e aversi come non scritta che ritenersi quelle come spregiate o abbandonate a direzione della sua condotta. Belle ed esemplari sono queste parole, e meritano di essere riferite » *Son persuaso che niuna* » *delle disposizioni contenute nel presente mio* » *Testamento è contraria al prescritto delle leggi*

» *di questo Granducato. Ma qualora alcuna ve ne*
» *fosse, intendo e voglio che questa si riguardi*
» *come non scritta per l'oggetto che in tutto il*
» *resto abbia il Testamento medesimo tutta la*
» *sua efficacia e vigore, e la piena sua esecu-*
» *zione.* »

VII. Con questo testamento viveva Adriano Prato libero e sano in tutte le sue facoltà, e capo tuttora riverito della sua casa: con questo benchè conosciuto da molti, non egualmente approvato da tutti i suoi, persisteva a volere ciò che dopo la morte sua aveva ordinato farsi: con questo si conduceva al sepolcro, dopochè per due anni circa era rimasto fermo ed immobile in questa determinazione.

VIII. A questo testamento non senza ostacoli dava esecuzione il Dottore Massimiliano Prato eletto dal Padre specialmente ad eseguirlo, e si riferiva, eseguendolo, costantemente al Potere Giudiciario.

IX. A questo testamento aderivano gli eredi scritti approvando il Giudizio paterno, e scegliendo (non difficile scelta!) anzi la istituzione che la legittima, e dandosi per pronti ad emettere la promessa e ad eseguire la condizione. Aggiungeano molte proteste a questa offerta, e si riservavano la facoltà di profittare della nullità o del testamento, o delle condizioni ove questo o quelle fossero trovati nulli e contrarj alle leggi. Ma sostenevano avanti la Regia Ruota di Appello ed altrove che questi riservi non alteravano la sostanza delle di-

chiarazioni prescritte, e delle condizioni imposte dal testatore, ed insistevano per essere ammessi ad emettere la promessa che sola faceva condizione nel testamento, tanto erano lungi dal considerare quella condizione come impossibile, o posta fuori della loro potestà. Così, comunque la imperfezione, della loro dichiarazione non sembrasse ai Tribunali rigorosamente conforme alle ingiunzioni paterne, tale però era la loro volontà da non lasciare dubbio che essi riguardassero come agevole e posta intieramente in loro potere la esecuzione della condizione imposta.

x. Ma mentre essi nè si lagnavano della condizione ricevuta, nè se l'avevano per impossibile, o per tale che eccedesse la loro potenza, insorgeva (e pare mirabile a dirsi) contro quel testamento il Sacerdote Luigi Prato, e non potendo repugnare alle disposizioni che lo riguardavano, censurava quelle che concernevano ai suoi fratelli, e muoveva in giudizio querela di nullità contro tutto intiero il testamento paterno. E questo quasichè il testamento paterno contenesse condizioni impossibili e non potestative imposte ai figli, capaci a rendere nulla la disposizione, e perchè non si contenesse in quel testamento la ultima volontà del testatore, del quale ultimo supposto non fu poi ulteriormente parlato in Giudizio.

xi. A questa domanda rimanevano indifferenti gli eredi scritti, ai quali erano imposte le condizioni, ed anzichè favorire la domanda di nullità, dice,

vano negli atti e protestavano solennemente all'udienza di non volere contestare lite, nè prendere parte in questa querela.

XII. Solo così scendeva in questo arringo il Sacerdote Luigi Prato e solo vi rimaneva. E siccome nell'udienza del 19. Luglio corrente, di quella sola arme usava contro il testamento paterno che la legge *15. de conditionibus institutionum* gli somministra, ci ponea nella obbligazione d'interpretarla, onde vedere se il fatto della causa, quale noi l'abbiamo narrato, in quella legge si trovi compreso.

XIII. E noi sentendo tutto il peso di questo dovere, dopo avere così esposto il fatto nelle sue circostanze, andiamo a tentare l'analisi della legge nelle sue prescrizioni, onde compiere poi col confronto il nostro proposito, mostrando che quella legge al nostro fatto non è conforme e che il controverso testamento rimane immobile nella sua primitiva validità.

Legge Filius 15. de Conditionibus institutionum
Principio che l'anima - Fine -
Disposizioni che la compongono.

XIV. Non si tenta utilmente la Interpretazione d'una legge se tutta intiera non si osservi a dovere, nè trattandosi di leggi consistenti dei diversi frammenti del Corpo del diritto, può aversi ed osservarsi intiera se non si riuniscono i diversi frammenti che o la compongono, o ne costituiscono i luoghi pa-

ralleli, o presentano intiera ed analoga la dottrina che la legge professa. Così alla legge invocata in contrario sono da riunire la *leg. 4. de her. instit.* la *l. 6.* al medesimo titolo la *l. ult. de Condition. instit.* la *leg. 83. de Condition. et demonstrat.* la *leg. 28. de liberis et posth.* la Legge 4. nel codice al titolo *de instit. et substitut.* contengono la dottrina della istituzione condizionale dei figli.

» *Filius qui fuit in potestate sub conditione* » *institutus quam Senatus, aut Princeps improbant* » *testamentum infirmat patris, ac si conditio non* » *esset in ejus potestate. Nam quæ facta lædunt* » *pietatem, existimationem, verecundiam nostram,* » *et ut generaliter dicam, contra bonos mores,* » *fiunt haec facere nos posse credendum est.*

XV. Congiungasi questa disposizione invocata in contrario colle altre Leggi e conosceremo le persone, a favore delle quali dispone la legge, le condizioni che vieta, i limiti del divieto e la sua estensione ed effetti.

Suus quoque heres, dice la legge *4. de hæred. instituendis, sub conditione potest institui, sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest. Nepotes autem, et deinceps cæteri*, aggiunge la legge *6, qui ex lege Velleta instituti non rumpunt testamentum sub omni conditione institui possunt. - Non sufficit* » dice la leg. *ult. de condition. institution. sub qualibet conditione filium heredem institui, sed ita demum te-*

stamentum ratum est si conditio fuit in filii potestate - Lucius Titius (è nella legge *83. de conditionibus et demonstrationibus ita testamentum fecit: Aurelius Claudius natus ex illa muliere si filium meum se esse judici probaverit heres meus esto. Paulus respondit, filium de quo quæreretur non sub ea conditione instituti videri quæ in potestate ejus est, ideo testamentum nullius esse momenti. - Filius* (per la l. *4 de her. instit.*) *non sub conditione institui potest. Et quidem sub ea conditione quæ est in potestate ipsius potest, de hoc enim inter omnes constat - Puto recte generaliter definiri*, disse questa legge medesima §. *1. Puto recte generaliter definiri, utrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit, facti potestas est. Potest enim hæc « Si Alexandriam pervenerit » non esse in arbitrio per hiemis conditionem: potest et esse si ei qui a primo millario Alexandriæ egit fuit imposita. Potest et hæc si decem Titio dederit esse in difficili si Titius peregrinetur longinquo itinere: Propter quæ ad generalem definitionem recurrendum est.* E questa generale definizione ha un nuovo ed illustre esempio nella *leg. 4. Cod. de inst. et subst.* la quale stabilisce insieme i limiti e gli effetti del divieto. In essa l' Imperatore Alessandro Severo rescriveva così ad Emiliano fissando dommaticamente i principj tutti della materia, ed applicandogli al fatto - *Si pater filium quem in potestate habet sub conditione quæ in ipsius potestate non erat heredem scripsit, nec in defectum*

ejus exheredavit, jure testatus non videtur. Cum autem trans mare et longe te agentem sub hac conditione heredem scriptum esse dicas si in patriam quæ in provincia Mauritania erat regressus fuisses, nec exheredatum te alleges si in eum locum non rediisses, manifestum est, multis casibus non voluntariis, sed fortuitis evenire potuisse ut eam implere non posses et ideo *hereditatem adire non prohiberis.*

XVI. In questo stato di dritto scritto è da dire alcune parole sulle circostanze, nelle quali nasceva a Roma quella che noi riferimmo nel suo disposto o Legislazione, o Giurisprudenza. E rammentiamo, poichè non v'è chi l'ignori, qual fosse la cura che le leggi avevano assunta per proteggere ed illustrare la famiglia Romana, e come dovesse singolarmente il padre di famiglia provvedere alla sua conservazione, e come a questa fossero diretti particolarmente nel primo tempo i Testamenti Romani approvati dal Corpo legislativo perchè le famiglie Romane che erano appoggio saldissimo della Repubblica non venissero meno per mancanza di successori. Ciò indusse a proteggere i naturali successori del Padre di famiglia, quelli però che generati da lui erano tuttora membri della Società familiare e soggetti a quell'impero domestico che altri malamente scambiò col dominio. Questi, anche quando fu permesso al Padre di famiglia il dare privata legge morendo alle sue cose, doveano aversi sempre presenti: questi per pubbli-

no dritto era comandato d'istituire eredi nel testamento, ove per un atto di quell'impero che avea presunzione di giustizia non si escludessero nominatamente e solennemente da tutta la Eredità. Continuavasi nel figlio naturalmente, a così dire, e civilmente la esistenza e la giuridica persona del padre - o bisognava per conseguenza torgliela e condannarlo come indegno di portare quel carattere, o riconoscere in lui questa continuazione. Dimenticarlo nel testamento, nominando un erede senza far menzione del figlio *erede suo* era un'assurdo che le leggi non avevano potuto tollerare. Quindi la necessità imposta primitivamente al padre di famiglia Romano di annunziare nella legge testamentaria e fissare la sorte del figlio erede suo, sicchè destinato per legge e quasi investito prima della morte del padre dei diritti di famiglia dovesse esserne o escluso per un'atto di giusta severità, o con quella benevolenza che la natura comandava, e che la legge sperava, del godimento di que' diritti definitivamente arricchito. Quindi la dimenticanza del figlio nel testamento paterno equivalente alla istituzione, sicchè il testamento, nel quale il figlio erede suo si ometteva, o a dirlo colla parola del testo, si preteriva, fosse avuto per nullo a tutti gli effetti. Grande era sicuramente la forza di questa legge che annullava un'atto, il quale alla potestà sacra delle leggi era stato inalzato, ma la ragione ne era evidente, sicchè non saprebbe abbastanza dirsi se abbia a ravvisarsi co-

me pena sanzionatrice, o come riparazione di un'errore gradita, siccome Hugo congetturava, presuntivamente dal medesimo testatore. Comunque sia, in queste circostanze, in questo stato di legislazione si vede nascere la Giurisprudenza delle condizioni che abbiamo riferito coi frammenti che ne rimangono. Sarebbe ella questa una conseguenza di quella, e questa Giurisprudenza sarebbe ella generata e nata da quelle leggi?

XVII. Così pensarono finquì tutti gli Scrittori, e così pensano i nostri stessi Avversarj, siccome dicevano essi stessi all'udienza. E veramente non è da negare o il fatto di questo universale concetto, o la sua ragionevolezza. Non il fatto, e, per tacere i moltissimi, cominciando dai Glossatori al testo delle leggi già riferite e continuando fino ai più colti e novissimi tra gl'Interpreti, tutti sono in esso concordi, che non per altro sieno vietate le condizioni non potestative all'istituito, se non perchè contengono due casi; e se nel caso di verificata condizione, v'è disposizione, nel caso di condizione mancata, v'e aperta preterizione, ove per questo caso altramente non si disponga. Non la ragione: E veramente se si può istituire sotto condizione un'erede, se altronde la preterizione è vietata, se si proibisce la condizione solamente quando non é nell'assoluta potenza dell'istituito l'adempierla, e quando pel caso di mancata condizione non si trova scritta altra disposizione, almeno di diseredazione, non può a meno di riconoscersi quì

il progresso che col ragionamento facea la Giurisprudenza sulla legge, trovando conseguente al divieto della preterizione il vietare una condizione per cui l'erede è istituito nella verificazione, e si trova però omesso e si preterisce nel caso di condizione mancata

XVIII. Esaminiamo ora in ogni sua parte il testo che prendemmo ad interpretare, e dalle sue disposizioni tentiamo di ricavarne i rapporti, e quelli segnatamente di causa e d'effetto, della causa storicamente acennata, che lo produsse, dell'effetto a cui si destina. E veramente, qualunque volta alcuno si aggiunga alla legge per interpretarla, sicchè l'intiera di lei comprensione gli sia manifesta per il bisogno dei fatti che accadono nella Città, e che debbono essere dalle leggi costantemente diretti, è tenuto ad esaminare la intiera legge E poichè colla storia interna ed esterna se ne conobbero la lettera e le circostanze, questo esame dee equivalere ad una analisi della legge, nè sarebbe essa analizzata a dovere se prima ciascuna disposizione non fosse nelle sue singole parti osservata minutamente, e con lunga e seria attenzione, se in questa non si trovasse il fine, a cui disponendo si preordinava la legge, o se così vuolsi l'effetto che era destinata a produrre, e dalla disposizione che è mezzo a quel fine, e dal fine istesso, non si cercasse di ricavare la causa che la mosse e la fece nascere alla Città. E la causa è sempre un bisogno, e il mezzo è sempre un diritto, o novellamente costituito, o in nuo-

to modo diretto, o sanzionato, e il fine è sempre una utilità da trovare in quel diritto.

XIX. Rifacendoci quindi dalla disposizione, la nostra legge stabilisce il principio che al figlio erede suo, costituito nella paterna potestà non possano legittimamente imporsi, istituendolo erede, cotali condizioni che non sia in suo potere l'adempirle, e che se vi si trovino apposte annulli egli ed infermi il testamento del padre, almeno se, come le altre leggi recate aggiungono, sotto la contraria condizione, ove manchi cioè quella che gli è stata imposta, non venga diseredato. Scendiamo a dichiarare le singole parti di questa disposizione.

XX. Il nostro testo dispone a favore del figlio costituito nella potestà del padre. Parla di figlio, e di figlio maschio poichè questa qualità si ripete nelle leggi per noi riferite e segnatamente nella legge 4. nella legge 86. *de heredibus instituendis* nella legge ultima *de conditionibus institutionnum* nella legge quarta nel Codice *de institutionibus* e altrove. La disposizione si restrigne al figlio di primo grado e si escludono da essa i nipoti, siccome è espressamente dichiarato dalla legge sesta *de heredibus instituendis* Vuole che il figlio sia erede suo, e sottoposto alla potestà paterna: non basta che si tratti di erede suo, ma si vuole insieme figlio, come è espressamente scritto, e riferito da noi superiormente colla legge quarta *de heredibus instituendis* che ammette la istituzione condizionale degli altri *eredi suoi* fuor dei figli. Il carattere di fi-

glio nella potestà paterna, e di erede suo erano connessi nel nostro diritto; ma se potesse per le leggi posteriori esistere figlio comunque costituito nella potestà paterna che non avesse carattere di erede suo, bisognerebbe dire che la legge nostra non sarebbe atta a comprenderlo. Che direm poi dell'emancipato? Egli non ha più il carattere di erede suo e di membro dell'associazione familiare, non ha il carattere di soggetto alla potestà paterna; manca di quel doppio rapporto col padre che le leggi hanno contemplato e che avevano ragione grandissima di contemplare nella indole delle cose civili, alle quali si riferivano. Ed avevano grandissima ragione di contemplarlo perchè il favore del figlio considerato come costituito nella patria potestà, come membro effettivo della Società familiare, come erede suo, e per qualchè modo già investito almeno in potenza di quella specie di condominio che le leggi riconoscono, e di quella attitudine a continuare la persona del padre, nella quale scorgono i nostri Interpetri la causa e la sostanza del diritto di *suo* erede, quasi successore a se stesso non sono affatto le stesse nel figlio emancipato, e così separato dalla comunicazione ai sacri, domestici, ed ai familiari diritti. Perlochè, differenti affatto si trovano essere le conclusioni delle leggi in questa materia successoria, e quel che è disposto del figlio erede suo si trova sempre negato all'emancipato, il quale per succedere in qualchè modo ha dovuto dipendere dalla pretoria benignità. Così emancipato non è stato mai

compreso nelle leggi sulla preterizione, ed ha sempre dovuto soggiacere alla istituzione condizionale se non riuniva le due qualità di erede suo e di figlio di primo grado, ed omesso non ha mai potuto querelare di nullità il testamento paterno, e meno ancora averlo per annullato dalla legge di propria forza e di pieno diritto; E se ha potuto chiedere nel caso di vera e propria preterizione al pretore il possesso dei beni contro le tavole testamentarie del padre, non lo ha potuto senza molte restrizioni, non in caso di semplice istituzione condizionale, non con pienezza di effetto, non finalmente intentando l'azione nascente dalla legge invocata in contrario. Stà dunque fermo e per la lettera, e per lo spirito della legge desunto e raccolto nella causa, nel fine, nel mezzo della disposizione, siccome ulteriormente andremo mostrando al bisogno, che il figlio emancipato, o altrimenti privato del carattere di erede suo non è nè contemplato, nè tacitamente compreso nella legge che tentiamo di interpetrare: che esso anzi è apertamente fuor della legge, perchè è fuori di quell'ambito familiare, al quale e nel quale la nostra legge è necessariamente ristretta.

XXI. Nè ciò che l'emancipato, o il figlio mancante del carattere di erede suo cerca invano nella nostra legge, potrebbe utilmente cercarlo in altre leggi che dovessero necessariamente riunirsi alla nostra sicchè ad esse secondo la parola del testo, dovesse ella trarsi, come le leggi anteriori si

traggono alle posteriori. L'interpretazione ha già fatto giustizia di questa pretesa in materia molto più grave della semplice sentenza Giurisprudenziale sulle condizioni che ci occupa, in quella stessa materia di preterizione cioè della quale la legge 15 *de conditionibus* non è che la semplice conseguenza. Si domandava se i figli emancipati potessero oggi annullare il testamento paterno che peccasse per la loro preterizione, poichè la Novella 115. ha parificato le sorti dei figli suoi e degli emancipati, comandando che tutti dovessero egualmente istituirsi. Ma si rispondeva che la parificazione dei suoi agli emancipati non è generale, assoluta, a tutti gli effetti, ma è fatta al solo effetto di rendere necessaria la istituzione degli uni, come degli altri, e che ristretta a questo effetto soltanto, determinata da questo solo bisogno non poteva operare universalmente, e dare, oltre al diritto alla istituzione, agli emancipati il diritto di accusare di nullità il paterno testamento, quasi la legge annullatrice antica fosse parte di questa nuova. E meritamente; perchè chi potrebbe ragionevolmente pretendere che si estendesse e si traesse per interpretazione una legge penale, e annullatrice di un'atto legittimo ad un caso che essa non contemplava - per un'effetto diverso - a favore di persone escluse letteralmente dalla sua comprensione - in virtù d'una legge posteriore che non rendea comune al suo disposto quella censura, e che all'opposto per la sua nuova disposizione stabiliva una censura diversa affatto da

quella antica? Certamente nessuno. Le leggi penali non si creano per induzione, non si stendono da caso a caso: la pena suppone la colpa: questa è sempre nell'abbandono d'una legge scritta, e quella non può irrogarsi mai senza che il colpevole la conosca chiara ed espressa prima di mancare. Le quali osservazioni, e le altre moltissime che potrebbon farsi sulle disposizioni della Novella 115 ricevono poi uso anche per gli altri testi, dai quali alcuni potrebbero indurre erroneamente la parificazione degli emancipati ai figli costituiti nella paterna potestà. E tale sarebbe, ad esempio, il quinto paragrafo delle istitute al titolo *de exheredatione liberorum* desunto della ultima legge del Codice sullo stesso titolo, nel quale sembrano agguagliarsi gli emancipati ai figli costituiti nella paterna potestà così nei diritti alla eredità del padre, come nel mezzo di esercitarli coll'infermare il testamento paterno. Poichè, contro la opinione di Bartolo e di alcuni altri tra gli antichi, bene osservano tutti gli Interpetri colti che Giustiniano intese a togliere unicamente la differenza del sesso e del grado quanto alla necessità della istituzione, ma non fece affatto menzione della censura delle leggi sulla preterizione, e meno ancora di quelle, aggiungiamo noi, che vietano le condizioni non potestative, delle quali trattiamo. E questo concetto, come osserva Arnoldo Vinn, ed altri con esso, apparisce anche chiarissimo dalla legge ultima al Codice *de liberis præteritis, vel exheredatis*, nella

quale è scritto che secondo che la figlia è nella potestà, o emancipata, possa o distruggere di pieno diritto il testamento paterno (se è in potestà) o chiedere il possesso de beni (se e emancipata) nel caso di preterizione. Torneremo così a dire che il figlio emancipato istituito sotto una condizione che non è nella sua potestà potrà nei congrui casi ottenere il possesso dei beni dalla pretoria equità, come si trova letteralmente disposto nella legge *non tantum 3. de bonorum possessione contra tabulas*, ma non mai agire colla petizione della eredità avendo per nullo il testamento secondo il disposto della legge invocata in contrario a fondamento dell' azione promossa. E' grande abuso d' interpretazione quello che cercando il senso della legge e la sua estensione pretende di ricavarla, da una, o da altra parola sfuggita al legislatore, anzichè da tutta intiera la disposizione, di quella disposizione che solamente si trova, ed esiste nel fine a cui è rivolta nel mezzo con cui a questo fine si preordina, nella causa che mosse il legislatore: è poi delitto *di legge corrotta* o di falso quello che in questi minimi pretende di leggere la correzione non espressa del diritto antico, che costò tante fatiche che produsse tanti vantaggi, che è chiamato alla perpetuità, è delitto quello che non solamente ha la strana pretesa di trovare in questi miseri frammenti nuove leggi correttrici delle antiche ma nuove leggi penali annullatrici degli atti per casi non espressi. Giustiniano nelle Istitute, e nelle Novelle, a

cui gl' interpetri all' autentica *Ex causa de liberis præteritis* hanno ricorso, volle assicurare la sorte dei figli che non erano stati contemplati dall' antico diritto, volle allontanare da essi l' ingiuria e il danno della diseredazione, volle che tutti fossero chiamati alla Eredità così maschi, come femmine per diritto Civile, o fossero diseredati: questo è tutto intiero il diposto nella legge ultima al Codice *de liberis præteritis* ripetuta nel paragrafo *sed haec quidem nell' istitute de exheredatione liberarum*. Volle regolare il modo e i termini della diseredazione permessa, e sanzionare il divieto della proibita e lo fece nel Cap. 3. della Novella 115. La novità introdotta dalla legge ultima e il mezzo di cui si valeva il Legislatore per ottenere il suo fine fu la comunicazione dei diritti dei discendenti maschi non emancipati ed esistenti nella potestà alle figlie femmine esistenti nella potestà, - la comunicazione dei diritti dei maschi emancipati alle figlie o di primo grado emancipate, o di gradi ulteriori nascenti da figli maschi. Per questa legge si vuole unicamente rendere comuni alle figlie i diritti dei maschi, ma nel grado e nello stato di famiglia medesimo in cui le figlie si trovano - L' aggiunta fatta da Giustiniano all' antico diritto nella Novella 115. stabilisce in sostanza il nuovo modo e le cause della diseredazione e la pena della diseredazione proibita, equivalente alla colpa, sicchè come il testatore avea peccato nella istituzione, così sulla domanda del figlio offeso la istituzione si rescindesse, e come avea legittimamen-

le fatto i legati e le altre disposizioni, queste rimanessero salde. Ma che i figli emancipati preteriti, o gravati di condizioni casuali acquistassero l'istesso diritto dei figli in potestà eredi suoi, nè lo disse mai Giustiniano) testimoni Harprecht, Viglio, Wesembecio, Donello, Vinnio ed altri chiarissimi, ai quali fanno corona Paolo Voet e Giovanni Voet) nè pote dirlo. Non lo disse perchè non parlò mai di nullità assoluta, come ne parlavano pei *suoi* di primo grado le leggi antiche, ma solamente di parziale rescissione del testamento, e così se avesse anche compreso gli emancipati in quella sua costituzione, non avrebbe mai dato ad essi i diritti della Legge *filius*, ma avrebbe loro comunicato le nuove sanzioni stabilite per evertere, o evacuare parzialmente il testamento: non potè dirlo perchè nè voleva fissare la sorte de figli compresi nella preterizione, nè v'era bisogno di fissarla poichè utilmente già dal Pretore, e dalle leggi e bastantemente erano stati contemplati e difesi, e il mezzo che andava a fissare era meno utile della stessa restituzione Pretoria che loro competeva per dritto antico, nè poteva il legislatore pensare mai a distruggere con un moto di quella sua mano reale tante leggi quante egli ne aveva create, e raccolte al proposito.

XXII. Proseguendo l'analisi della legge che ci trattiene, troviamo che la sua disposizione ha per soggetto passivo la istituzione del figlio sotto una condizione che non sia nelle di lui facoltà o perchè contraria alle leggi della morale e della Città o però

riputata impossibile a compiersi, o perchè posta altrimenti fuor della libera potenza di quello, a cui è imposta. Si vuole in una parola che le forze dell'erede legittimamente impiegate non bastino a compiere la condizione, ed a verificare col compimento il precetto del testatore, poichè ogni condizione che possa compiersi colle sue forze dall'istituito, quantunque possa essergli grave, può legittimamente modificare la istituzione, e ciò non ha mai formato subietto di dubbio; come notava il Giureconsulto nella legge *4. de her. instit.* dicendo: *Sub ea conditione quæ est in potestate ejus potest (institui) de hoc enim inter omnes constat.* Non basta a dire il vero che questa condizione si possa verificare, o che stia egualmente negli eventi umani alla verificazione, e al difetto, ma bisogna che il verificarla dipenda dalle forze di quello, a cui è stata imposta. E però queste forze non si giudicano sulla ordinaria capacità umana, ma debbono verificarsi nella individuale potenza di quello a cui è imposta nel tempo nel luogo, nelle circostanze aggiunte alla istituzione. Egli dee dunque essere il primo a giudicare di queste sue forze; egli solo può negare ragionevolmente che queste forze esistano in lui; e siccome egli asserisce, dee solo e sempre provare quando non sia assistito ad una presunzione di ragione, la quale gli soccorrerà se sia il fatto condizionale superiore alle forze ordinarie della umanità. In ogni altro caso, il Giudice dee pronunziare sulle prove offertegli sicchè

è massima generale e rettissima che la qualità della condizione non astrattamente può stabilirsi, ma sullo stato dei fatti e secondo le circostanze delle persone. Quindi giustamente in quella legge 4. diceva il Giureconsulto « *Puto recte generaliter definiri, utrum in potestate fuerit conditio an non fuerit, facti potestas est* » o, come altri leggeva » *facti potius esse* » sicchè, come osservava il Cujacio, ciò è da intendere rimesso alla cognizione del Giudice, e certamente sul reclamo della parte che vi ha interesse, o di quello solo, al quale la condizione è imposta. Quindi è che una medesima condizione secondo gli esempj recati in quel testo » *Se arriverà in Alessandria* » se darà dieci a Tizio può essere, o non essere potestativa secondo il luogo, ove l'istituito si trova, prossimo o remoto da Tizio, secondo il tempo, in cui dee fare il viaggio, o la distanza minima, o grande, in cui egli è dalla Città designata. Nel che però è osservabile che questi impedimenti al fatto condizionale debbono verificarsi in quel fatto che è realmente e propriamente posto in condizione; e questo fatto può essere in due modi diversi contemplato, e in due diverse circostanze. Il testatore infatti può esigere o l'ossequio obbediente della volontà nel figlio instituito, cosicchè questo solo ossequio sia condizionale, e allora la condizione è sempre e fuor d'ogni dubbio potestativa, perchè a malgrado di tutti gli ostacoli, è sempre in potere dell'uomo l'atto ubbidiente della sua volontà; o può

contemplare il fatto perfetto e realmente avvenuto, e allora se quest'atto non può accadere a malgrado della cooperazione dell'istituito, potrà (ma solamente allora) aversi la condizione per non potestativa. Bisogna però che il testatore se ne spieghi: che se si dirigesse al volere libero dell'istituito, anzichè al fatto (come in quell'*arrivo* ad Alessandria, in quel *ritorno* eseguito in Mauritania) non potrebbe allora farsi questione d'impedimento. E non sarebbe allora tra gli elementi della potenza da calcolare la resistenza del caso o la volontà del terzo, poichè se apparisce voluta dal testatore l'ubbidienza dell'istituito, anzichè l'avvenimento materiale, quella resistenza debbe aversi come ragione di considerare per compiuta la condizione, come diceva il Giureconsulto nella legge *si quis testamento de conditionibus institutionum*, anzichè per riscontro che ella non fosse potestativa, e però tale da rendere incerta la verificazione, possibile la mancanza della condizione senza colpa dell'istituito, e quindi verificata la preterizione in quel caso possibile. Il quale possibile caso di mancanza, siccome non si realizza mai nella condizione potestativa, senza che vi concorra la volontà dell'istituito, così col negare esso di compiere la condizione, si ha per repudiante la eredità deferitagli, e tale che del fatto del testatore non possa legittimamente lagnarsi, tostochè la condizione era nelle di lui facoltà. E' dunque da dire che la legge nostra esige che al figlio istituito sia imposta tal condizione

che si voglia eseguita assolutamente coll'evento e coll'intiero adempimento d'un fatto, il quale poi superi assolutamente le naturali e civili forze dell'Istituito; e che solamente quando è manifestissimo l'impedimento, come si spiega l'Imperatore nella l. 4. *Cod. instit. et substitut.* può considerarsi come nulla la istituzione e come infetta di preterizione a danno del figlio erede suo, se questo impedimento, siccome osservava a quella legge il Brunemanno si è verificato facendo divenire casuale o impossibile quella condizione che al suo primo apparire sembrava potestativa.

XXIII. Rileggendo attentamente quelle leggi che annunziammo come concordi e parallele alla legge che interpretiamo, non pare che qualunque volta una condizione non potestativa sia imposta al figlio erede suo, altrettante volte possa francamente dichiararsi nullo il testamento paterno. La legge 4. *Cod. de institution. et substitution.* esige a questo effetto che non solamente vi sia istituzione condizionale, ma che nel caso di condizione mancata non vi sia diseredazione; e pare che se il testatore abbia istituito il figlio sotto condizione non potestativa, e ove non si verifichi la condizione lo abbia diseredato, non possa il suo testamento dichiararsi nullo. *Si pater*, disse l'Imperatore, *filium quem in potestate habebat sub conditione quæ non erat in ipsius potestate heredem scripsit nec in* defectum ejus exheredavit, *jure testamentus non videtur*. A questo concetto corrispondo-

no le leggi vigesimottava *de lib. et posth. 86 de hered. instituend.* ed altre; e non solamente si ricava il concetto che la diseredazione salvi dall'applicazione delle censure legittime il testamento argomentando dal testo a senso contrario, ma la massima è pure direttamente stabilita nelle leggi, fra le quali è da rammentare la legge *non putavit 8 de bonor. poss. contra tab.* nella quale è scritto » *Non putavit Prætor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas possessionem admittendos, sicuti nec Jure Civili testamenta parentum turbant* ». E la ragione che danno le leggi e gli Interpreti è questa: che non esiste allora preterizione, nè può parlarsi di nullità, se nella istituzione condizionale non esista veramente e propriamente silenzio ed oblio, e vi sia così assoluto tacere del testatore sulla sorte dell'istituito per il caso, in cui la condizione manchi, e non per fatto dell'istituito. E veramente, non per altra ragione la condizione non potestativa è vietata nella istituzione del figlio se non perchè contiene un caso di preterizione; e non lo contiene se non in quanto è possibile che la condizione manchi senza colpa dell'istituito, e così senza sua volontà, e in quanto per questo caso possibile nulla si disponga per l'istituito condizionale. Però le leggi che noi abbiamo citato e che son parallele a quella a cui si appoggia la contraria difesa, ripetendo il divieto d'istituire condizionalmente, hanno cura di aggiungere che la nullità del testamento ha luogo, se non

vi sarà disposizione (e basta pure una diseredazione) pel caso di condizione mancata. Sono da vedere a questo proposito la leg. 4. *Cod. de instit. et substit* la leg. *Jam dubitari 86* la leg. *Si quis testamento de conditionibus institutionum*. Dico, che basta pure la diseredazione, e non senza ragione. Poichè, come con molta dottrina osservò G. Averani la contemplazione del figlio suo era di forma del testamento, e la forma è di pubblico diritto, sicchè usando della facoltà di testare senza contemplare il figlio, non solamente si faceva a lui ingiuria, ma coll' esercitare la testamentifazione nel modo, con cui e sotto del quale era essa accordata cioè o istituendo, o diseredando il figlio, non si agiva nullamente. Che se, non la sola diseredazione, ma si contenesse nel testamento la istituzione del figlio puramente concepita, o altramente si conferisse al figlio una tal somma di beni, e in quel modo, con cui è fissato dalle leggi, sarebbe da dire che a maggior ragione mancherebbe la censura della legge invocata in contrario, e che implicitamente contiene l' eccezione « *nisi eum exheredaverit* » poichè due voti della legge invece d' un solo ha compiuto quel testatore, il primo cioè che il figlio si contemplasse nel testamento, il secondo che vi fosse favorevolmente contemplato. Però Ulpiano diceva nella legge *Papinianus de inofficioso testamento* che se alcuno lasciava al figlio la legittima fissata per lui dalle leggi poteva star quieto e sicuro sulla efficacia e validità del

suo testamento. E infatti, se le leggi hanno voluto allontanare dal figlio l'oblìo paterno, come si può dire obliato quel figlio, a cui il padre lascia una parte del suo, e quella parte precisamente che le leggi hanno stimata giusta a compiere le legittime espettative di questo figlio? se hanno voluto o istituzione, o diseredazione perchè la preterizione non abbia luogo, la istituzione sussiste in quella beneficenza e così la forma delle leggi é conservata. Che se non piacesse di considerare il lascito della legittima come istituzione, non sarebbe egli vero egualmente che togliendo al figlio la eredità, e ad essa surrogando quel lascito, esiste nel testamento osservata la forma colla diseredazione, e che in qualunque modo la cosa si vegga, o nell'interesse del figlio, o nell'interesse pubblico della forma dell'atto, o nel divieto della preterizione, la legge così nella sua letterale disposizione, come nel suo spirito si trova eseguita? Sia dunque fissato per regola: Che la legge 15. non comprende il caso, nel quale l'istituito condizionalmente sia poi o diseredato, o istituito puramente, o anche onorato della legittima se la condizione non si verifichi, perchè in questo caso non esiste preterizione affatto, e la legge invocata ha voluto punire, e prevenire colla pena della nullità del testamento il solo vizio della preterizione, e tale è stata la di lei causa, il danno della preterizione, e tale il mezzo che scelse, la nullità e tale il fine, la punizione o la riparazione della preterizione accaduta, e la prevenzione delle

preterizioni future, colla certezza data ai testatori che inutilmente l'avrebbono tentate.

XXIV. Ma se la preterizione è un'ingiuria, e la condizione casuale è vietata, ove non si aggiunga disposizione alla sua mancanza perchè contiene allora una specie di preterizione, che diremo noi del caso, nel quale il testatore colla condizione apposta lungi dal preterire in alcun caso, ed obliosamente ingiuriare i suoi figli, e spregiare il suo medesimo sangue, con questa condizione provvedesse o con mente benevola intendesse di provvedere all' interesse di quei suoi figli medesimi? Diremo colla ragione, e coll' autorità che siccome in questo caso non è nè ingiuria da rimuovere, nè danno da riparare, come non si punisce e si annulla la diseredazione fatta con buona mente, così non dee sottoporsi alla censura della legge la istituzione condizionale quando anche mancasse il carattere di potestativa alla condizione imposta, quando anche contenesse nel mancare della condizione una vera e propria materiale preterizione. E veramente, quando le leggi considerarono la preterizione come ingiusta cosa e dannosa, la considerarono come un atto d'oblìo del figlio, e di cotale oblìo, vero o affettato che fosse, da lasciare il figlio affatto abbandonato, e dimenticato, sicchè il testatore non avesse avuto nè memoria, nè contemplazione, nè cura di lui. Ora per corrispondere a questa idea, la preterizione doveva avere, per valermi del linguaggio scolastico, un materiale, e

un formale, e non potea vedersi preterizione in quel testamento che quantunque non istituisse il figlio, e non lo diseredasse, provvedeva però effettivamente, anche col tacere di lui, e col preferirgli altri, ed aveva l'intenzione amorosa di provvedere ai di lui vantaggi. Così se era quel figlio furioso, prodigo, o altrimenti in tali circostanze di non poterlo istituire utilmente, le leggi dichiaravano che valeva la sua diseredazione, e la stessa sua preterizione; Ed osservavano gl'interpreti, che, come valeva la preterizione, così doveva aversi per valida la sua istituzione sotto condizioni non potestative, quantunque cotale istituzione in tesi generale si avesse per riprovata ed annullasse il testamento. Certo, non daremo ad ogni diseredazione, non attribuiremo ad ogni maniera d' istituzione condizionale questo carattere. Ma se vedremo in essa chiari i segni di quella buona volontà, onde il testatore era mosso ed animato a disporre, se lo mostreranno mosso dal buono spirito la qualità delle persone naturalmente amate da esso, e la indole della disposizione; e le parole dirette a mostrare la benevola intenzione del medesimo, se a queste parole corrisponderà per mostrarle sincere, la realtà dei beneficii, e dei segni di affetto che ad essi conferiva e largiva quel medesimo testatore, diremo che quel buono spirito concorre nell'atto; ed in questo caso ci guarderemo bene dal trattare un benefizio come la legge volle trattare una ingiuria, e dalla legge 15 invocata in contrario appelleremo alla legge

si *furioso* 16. *de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis leg. multi* 18. *Dig. de Lib. et posthum Leg.* 16. *de bon. poss. contr. tab l.* 18. 25. *C. de inoff. testam.* ed alle altre che dispongono sulla materia e specialmente alla legge 16. *de bon. possessione contra tabulas* che contempla il caso della preterizione, al quale la nostra condizionale istituzione si riferisce. Noi parliamo cose notissime: è dunque inutile che noi riferiamo per intiero le leggi, a cui appelliamo, parlando al magistrato depositario ed interprete familiare di queste leggi medesime, come è inutile che noi rammentiamo, fra la moltitudine degl' interpreti, i nomi illustri di Donello, di Duareno, di Voet, d' Hilligero, che apertamente professano con tutti questa sentenza, o quello del chiarissimo Federigo Mühlenbruch che nella sua teoria delle Pandette ha giustamente applicato questa dottrina alle condizionali istituzioni, delle quali si cerca. Quindi una terza eccezione da proporre contro la censura della *l. Filius*, un eccezione che dee aversi per inserita nella legge medesima, fissando per massima: Che la censura della legge, e la nullità del testamento non ha luogo se la istituzione condizionale, anzichè in aggravio è fatta con buono spirito, e per favore del figlio condizionalmente istituito.

XXV. La preterizione è un' ingiuria, e dove animo d' ingiuriare ed effetto ingiurioso nel danno non si verifichi, il materiale della preterizione non basta, e non si verifica nè questa colpa, nè quella

pena che la legge 15. minaccia. Ma si verificasse pure la sostanza del danno, chi direbbe che senza quel materiale le dottrine della preterizione sussistano, e la legge 15. *de conditionibus institutionum* proceda? Bisogna che si verifichi l'atto materiale e il modo, per il quale come violazione delle forme testamentarie si contemplò dalle leggi, atto consumato e assoluto di preterizione per via di condizione assolutamente imposta. Che sarà quindi se il testatore la imponga purchè le leggi l'ammettano dichiarando che la crede valida perchè forse la crede potestativa e volendo che nel caso contrario s'abbbia per non scritta? La condizione non esiste se non in quanto il testatore lo dichiara e lo vuole, ne lo vuole mai se la sua volontà non è assoluta e determinata; nè lo vuole allorchè le cose vengono in quello stato, nel quale egli ha dichiarato di non volerlo. Le leggi hanno supplito alla volontà dei testatori, allorchè si tratta di salvare i loro atti, hanno sempre scusato quei difetti che partivano da un'animo non male affetto contro il diritto stabilito, sono giunte a storcere ed impropriare le parole perchè l'atto restasse valido. Le leggi sono state anzi avverse che favorevoli alle condizioni della istituzione perchè favorirono sempre la validità degli atti, perchè interpretarono sempre con benignità e con ampiezza le disposizioni testamentarie, e dettero loro il più largo e liberale senso possibile, perchè le condizioni aggravano naturalmente le istituzioni, di-

minuiscono i casi della istituzione che le leggi vogliono sempre proteggere perchè aumentano i case le probabilità delle diseredazioni che le leggi vogliono ristrette nei più angusti confini possibili. Aprire i libri del diritto e leggervi professata questa dottrina è dello stesso momento: le leggi in testamento *12. 96. de regulis juris 24. de rebus dubiis 69. de legatis 3. cum quidam 19. de liberis et posthumis 21.* al medesimo titolo formano la parte minima dei testimoni in questo proposito. Quindi, ora le condizioni si detraggono, ora si rimettono, ora si hanno per adempiute, e si giunge fino a preferire l'atto puro al condizionato, sicchè quando le condizioni si trovano aggiunte ad una istituzione che è nello stesso atto raddoppiata, e vedesi fatta una volta puramente, un'altra sotto condizione; la istituzione condizionata si ha per non scritta, abbracciata unicamente la pura dal Giureconsulto nella legge *si te 27 de her. instit.* § 2. Quale diremo però essere stata la volontà delle leggi nel caso in cui non solamente era utile il detrarre la condizione perchè valesse l'atto, ma questa detrazione era comandata dal testatore istesso, il quale imponendola purchè fosse secondo le leggi, comandando che nel caso contrario si avesse per non scritta, dispouea certo puramente, e non condizionalmente se la imposta condizione trovava nelle leggi un impedimento qualunque? Diremo senza timore di fallire che in questo caso e per il favore agli atti puri, e per la professata avversione alle istituzioni

condizionali, e per il rispetto alla volontà del testatore che nelle materie testamentarie è la legge suprema, infino dal dì che fu rogata a Roma e comandata la legge fondamentale, la disposizione debbe aversi per pura. E faremo quindi osservare che una nuova eccezione si contiene nella legge *filius 15* di che si tratta, sicchè essa non proceda quando il testatore, imposta la condizione, abbia dichiarato che abbiasi per non scritta se incontri, quanto alla validità del suo testamento, alcuno ostacolo nelle leggi, e si trovi realmente essa in opposizione alle regole del diritto che non la permettano in un valido ed efficace testamento.

XXVI. Nel concorso di tutte le riferite circostanze, se si tratti di figlio costituito nella potestà paterna ed ere de suo che sia istituito sotto una condizione non potestativa, che trovi nella condizione mancata una vera e propria preterizione, che riceva dalla preterizione, anzichè un segno d'amore, veramente e propriamente una ingiuria, che in questa ingiuriosa preterizione vegga volontariamente, puramente, assolutamente violate le forme testamentarie di pubblico diritto quali atti, potrà fare questo figlio quali dovrà fare, e che sarà allora del testamento paterno? *Filius*, dice il testo che interpretriamo *testamentum infirmet patris* e se queste parole della nostra legge par da dire che egli potrà certamente infermare, indebolire, privare in tutto o in parte di forza giuridica il testamento, nel quale con queste circostanze si peccò apertamente

contro la legge. E in questo caso il padre *jure testatus non videtur* : e in questo il figlio *patris hereditatem adire non prohibetur* perchè la preterizione gli dà la forza ad evertere, a rendere vuota ed inefficace la disposizione paterna, la quale, ove il figlio, o colla istituzione condizionale, o altrimenti colla preterizione sia dimenticato, si dice essere di niun momento, siccome con queste differenti espressioni si spiegano sull' effetto della preterizione la l. *1. de iniusto rupto irrito facto testamento, la leg. 83. de condition la l. 4. C. de institution. et substitution*. Il testamento è dunque in cotale stato che cadrà a richiesta del figlio, e potrà egli adire finalmente la eredità senza trovare ostacolo nella condizione. Ma dovrà egli comparire in giudizio, istituire una questione, querelarsi, provare che le condizioni non sono nella sua potestà, sicchè ove taccia, nè cada il testamento di pieno diritto, nè altri che il figlio possa agire e parlare perchè si ottenga lo stesso effetto che la querela del figlio potrebbe produrre? E se egli si presenta o chiede, potrà egli, o dovrà qualchè cosa a favore della volontà paterna? Potrà, sicchè la validità del testamento si abbia o civilmente, o per diritto pretorio per rilasciata al fatto di lui e alla successiva cognizione e pronunzia del Magistrato? Dovrà, sicchè qualche parte del testamento abbia per lui da rispettarsi? E vi sarà differenza fra la legge che interpretiamo nella sua origine, e quelle che le sopravvennero, e formarono parte di

essa? E se può, e se vuole, quale rimedio promuoverà e che chiederà l'attore al Magistrato? Ecco le questioni che le parole del testo della legge, e le altre leggi contemporanee e successive presentano. Esse si riducono in sostanza a cercare in primo luogo » Se la querela contro il testamento paterno debba promuoversi dal figlio stesso condizionalmente istituito come proprio diritto, sicchè, mancando esso o di potenza, o di volontà, il testamento si convalidi e prenda vigore, o se altri, e quando possa comparire in giudizio e chiedere o la pronunzia, o l'effetto a se utile della nullità del testamento » In secondo luogo;» quale azione debba promuoversi dall' attore in questo Giudizio » In terzo luogo» quale effetto debba produrre in Giudizio l'azione promossa, o a favore dell' attore o a danno di quelli che furono contemplati nel testamento » La soluzione di cotali questioni compierà l'analisi interpretativa della nostra legge, poichè quando abbiamo esaminato le condizioni sotto le quali la legge ha voluto disporre, gli effetti che ha voluto produrre è chiara e intiera la sua lettera, non men che lo spirito, e la comprensione di essa, e non resta allora altro da fare che paragonare col nostro fatto questa legge invocata in contrario, e pronunziare giudizio sulla identità loro che sola dà diritto all'applicazione di quella disposizione a questa occorrenza, in cui ci troviamo.

XXVII. *Filius testamentum infirmet patris.* E' dunque nel potere unicamente del figlio suo l'in-

fermare il testamento paterno? Ed è necessaria la sua speciale opera, e dee muovere egli l'azione in giudizio, perchè competa a lui solamente? O altri possono sempre muoverla in sua vece? O è da distinguere tra la diverse cause, onde il testamento s'inferma secondo le qualità diverse di quelli, ai quali l'offesa della preterizione si reca, e i tempi diversi del diritto, e quelli, nei quali la disposizione della legge *Filius 15.* era lasciata a se stessa, e quelli, nei quali parve aggiuntata e corretta da nuove disposizioni? Assumendo io a sciogliere la questione che in questi termini si presenta, e cominciando a cercare se sia solamente nella facoltà del figlio lo *infermare* il testamento paterno, nel quale egli sia condizionalmente istituito, mi trovai prevenuto all'udienza dal contrario abilissimo patrocinatore, il quale aveva asserito che la querela non compete solamente al figlio, ma anche agli altri eredi legittimi, e colle altre autorità degli Scrittori, quella pure mi opponeva della R. Ruota Pisana che io nomino per cagione d'onore, e ciò perchè la questione era stata negli atti preliminarmente proposta dai Convenuti. Io ho dunque questa rispettabile autorità, e le opinioni del Claro, del Graziano comunque dubbie ed altre ancora, in conto di ragioni di dubitare, contro la soluzione affermativa della questione. E più mi stà contro il supposto comunemente abbracciato che secondo la legge in questione, il Testamento, ove sia preterito il figlio sia nullo di pieno diritto, sul quale

principio si appoggiava la parte al concetto del chiarissimo nostro Averani. Nel qual supposto procede e si fonda l'opinione di quelli che vogliono esteso il diritto d'agire anche a tutti gli eredi legittimi che, a testamento nullo, avrebbero dritto a succedere. Poichè, com'essi dicono, quello che è nullo di pieno diritto, non ha bisogno d'opera umana, per essere distrutto: può dunque aversi come non scritto, e la cosa è ridotta a causa d'intestato. Ora come gli eredi legittimi vengono alla successione liberamente a chiedere la eredità ove non siavi stato mai testamento, di quello, della cui successione si tratta, così vengono, e non altrimenti a promuovere la domanda della eredità quando vi fu materialmente un testamento che non ebbe mai sussistenza formale e legittima perchè era viziato di preterizione. A questo argomento, ogni ragionamento di quelli che sciolgono negativamente la nostra questione si appoggia: mancato questo, non restano che i nomi da rispettare. E ai nomi potrebbero opporsi agevolmente i nomi, e cominciando da quella glossa, di cui ognun conosce l'antica onnipotenza forense potremmo istituire una specie di guerra civile, ed aver pretensione di vincere, contando, secondo il vecchio uso del foro, il numero dei combattenti anche senza calcolarne le forze. Ma il tempo ha fortunatamente distrutto il vassallaggio ridicolo all'autorità, e nessun piange più da vecchio come piangeva quel buon Fulgoso d'avere da giovanetto inesperto mancato un tal

di nel rispetto all'autorità della glossa. Così, meglio che a criticare le parole, e gli opinanti, c'impiegheremo nell'esaminare il fondamento della opinione, cercando se sia poi vero, che nella preterizione, e più specialmente nella istituzione condizionale, di cui solamente si cerca, sussista la massima che il testamento è siffattamente nullo per la violazione delle forme che non abbia bisogno nè di azione di nullità da promuovere, nè d'ufizio di Giudice da interporre, per esaminare e dichiarare la nullità. E questa ricerca pare che debba essere illuminata sul bel primo da quella regola generale riferita superiormente da noi col testo che la questione della nullità per condizioni apposte, è tutta questione di fatto. *Puto recte generaliter definiri utrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit facti potestas est*. Che se la condizione non può dichiararsi posta fuor della potestà dell'istituito senza esatta e rigorosa ricerca di fatto, non può la legge operare sul testamento finchè questa ricerca non sia istituita, e tanto meno lo può quando nella sua posizione, la questione apparisce potestativa, qual se fosse posta in condizione *una promessa*, o tale altra operazione che non è situata al di fuori dell'uomo « *extrinsecus posita*, ma è tutta intrinseca e dipendente dalle comuni forze dell'umanità, e da cotali forze, quali senza scomodarsi affatto della persona si possono comunemente esercitare. E' dunque necessario che una vera e propria querela di preterizione preceda, e che un

giudizio sulla indole delle condizioni, si faccia. E non solamente sulla indole delle condizioni, nel quale è essenziale l'intervento dell'istituito, se sulle sue forze individuali dee misurarsi l'indole potestativa delle condizioni, ma dee pronunziarsi anche giudizio sulla indole delle disposizioni, delle operazioni precedenti, dell'attuale volontà dell'istituito, non che sulla verificazione, o sulla mancanza dell'avvenimento posto in condizione - Dico che dee farsi e pronunziarsi giudizio sulle operazioni, sulle disposizioni, sulla volontà dall'istituito perchè tutti sanno che da queste operazioni, disposizioni, volontà, dipende la sussistenza del testamento. In fatti, chi negherà che il testamento sia valido se l'istituito accetta il giudizio paterno? Se eseguisce la condizione? Se si astiene dalla eredità paterna? Se senza annullare il testamento, o puramente detraendo la condizione come stabilisce la legge 2. *de bonor. possess. secundum tabulas* vuole prendere il possesso dei beni secondo le tavole testamentarie? Lo hanno già dichiarato le leggi e lo hanno ripetuto ed osservato gl'interpreti, in tutti questi casi la querela cessa, il figlio offeso nella istituzione colla condizione non può lagnarsi: e se non lo può, chi lo potrebbe quando la offesa è svanita, quando è sparita la nullità? E se nè egli, nè altri può allora parlare utilmente di preterizione, come si potrà senza questo preliminare giudizio, entrare in quel secondo, nel quale, tolto di mezzo il testamento, l'azione dee trovare la sua uti-

lità? Dico finalmante che dee farsi e pronunziarsi giudizio sullo stato degli avvenimenti posti in condizione. E certo dee conoscersi in fatto se la condizione pende, se è verificata, se è mancata. Se pende e il figlio cambia stato di famiglia, non è egli vero che non è più necessario erede e il testamento non è nullo altrimenti? Se la condizione si verifica, e con essa si verifica il caso della istituzione pura e senza onere, non è vero che il testamento non ha altrimenti sofferto la nullità? - Ecco dunque sù tre categorie di subietti necessario ad istituirsi prima della petizione della eredità un giudizio vero e proprio di nullità, il qual giudizio, a senso degli stessi Scrittori in contrario], non si può fare da altri che dal figlio, ove sia presente e lo voglia. E questa conclusione che il giudizio di vera e propria nullità che si promuove per via di querela possa essere istituito solamente dal figlio offeso, è certamente nella natura delle cose. Perchè per *l'indole dei giudizj*, chi può comparire in giudizio se non ad asserire un proprio diritto, e domandarne la dichiarazione e l'esecuzione? L'AZIONE suppone il diritto dell'attore, e un diritto proprio. *Nihil aliud est actio*, diceva Celso nella legge 51. *de obligationibus et actionibus quam jus persequendi in judicio quod SIBI DEBETUR.* Qualunque volta dunque un'azione si muove, bisogna che ciò che si chiede ci sia dovuto. Ora, un'erede legittimo a cui nulla é dovuto per diritto nel testamento, e che colle disposizisioni non è stato or-

preso, è evidente che nulla possa domandare, e non possa chiedere la *nullità* del testamento, se questa nullità dee verificarsi necessariamente e pronunziarsi in cognizione di causa, e ordinarsi che quel testamento si abbia per nullo ed inefficace. E per la natura di ciò che deve quì dedursi in giudizio, e ciò è la querela e la prova che la condizione non è potestativa, chi può lagnarsi, chi può asserire, e provare se non quel solo che sulla cognizione e sul sentimento delle sue forze sì ciò che egli possa e fino a qual segno lo possa, e solo può comparare l'onere impostogli con questa potenza, e dire e dimostrare che quello a questa è ineguale e superiore per modo, ed a segno tale che le leggi permettono di qualificare quell'onere condizionale come non posto nella sua potestà? E non sarebbe ridicolo che l'istituito potesse tacere, e considerare la condizione come agevolmente verificabile, e potesse venire il terzo a negarlo, e dandogli una mentita sostenere che quella condizione è impossibile, o fuor del potere di quell'istituito che la crede adatta a portarsi sulle sue spalle e ad eseguirsi colle sue forze? Che se colla indole della condizione debbono, come dicemmo, dedursi in giudizio le disposizioni, le azioni, i voleri dell'istituito, chi potrà o esternare queste disposizioni, questi voleri, o spiegare queste azioni se non l'istituito? Chi potrà dire, ove egli stesso nol dica, che repugna a quella condizione, o l'accetta? Sarebbe bene strano che mentre un benefizio non accettato è una

ingiuria, potesse venire un terzo ad accettare il benefiizio che le leggi han conferito al figlio mentre l'istituito condizionale o vuole astenersi dalla paterna eredità, o vuole approvare il giudizio paterno, o verecondamente operando col padre suo vuole profittare del possesso dei beni che il Pretore gli accorda secondo le tavole anche in mancanza della condizione secondo l'osservare di G. Voet sulla legge 2. *de bon. poss. sec. tab*. E' dunque necessario che gl' interessati nella validità del testamento, i coeredi, i legatarj sieno in giudizio coll'istituito in figura di convenuti perchè nell'azione intentata si trovano per disposizione di ragione inscritte queste eccezioni, e perchè all'istituito soltanto possono essere opposte, e con lui solamente e sulle sue interrogazioni in gius, e sulle di lui risposte, e sulle prove che con lui possono unicamente concludersi si può stabilire se vi sia convalidazione del testamento per diritto pretorio, o sussistenza per diritto civile per l' uno o per l'altro di questi avvenimenti capaci a far cessare il disposto penale delle leggi. E tuttociò secondo il diritto medesimo dei digesti, e le massime che si professarono contemporanee alla legge *filius* 15. e che però debbono aversi come scritte nel di lei testo, e come facienti con essa unità di dottrina, Ma che diremo poi se da questa epoca passiamo al diritto Imperiale, e più poi alla ultima epoca del Gius nostro qualificata e risultante dalle leggi novelle di Giustiniano? Che diremo dopo la ema-

nazione della Novella 115. che a senso di molti, mutando le azioni antiche, ha voluto unicamente che sia rescissa e si evacui, ed anche parzialmente, la istituzione soltanto, ed ha lasciato validi di diritto i testamenti viziati di preterizione, o di diseredazione?... Ma non bisogna anticipare con questa prima sulla seconda questione. Stia fermo per ora a soluzione di questa prima questione il principio: Che, qualunque sia l'azione, colla quali si può chiedere ed ottenere dagl'interessati la immissione ne beni ereditarj, come se il testamento non fosse d'ostacolo, questa non può promuoversi se non che dal figlio suo condizionalmente istituito, poichè egli solo, come offeso nei suoi diritti, può chiedere riparazione, egli solo può esternare la volontà di domandarla, solo può e dee conservare questa volontà, solo può dedurla in giudizio in quei modi e con quelle prove che la legge dimanda, solo finalmente può ricevere le eccezioni che in quella azione sono inserite e che sempre competono agli eredi scritti ed ai legatarj che hanno diritto e interesse a difendere il testamento.

XXXVIII. *Filius qui in potestate fuit testamentum infirmet patris*. Qual è dunque finalmente il modo, con cui questa trista potenza si esercita? Quale l'azione che a conseguirne l'effetto si muove legittimamente in giudizio secondo le varie circostanze della preterizione e le diversità delle persone che offese? E' quì che le nostre cure debbono andare a finire e perfezionarsi perchè nell'azio-

ne ogni diritto o esiste, o si perfeziona. Stabilimmo finquì che è veramente il figlio (ed egli soltanto) quello, a cui la legge accorda e dirige la facoltà d'INFERMARE il testamento paterno illegittimamente condizionale. Ora è da spiegare questa facoltà; è da vedere che intendesse la legge con quel suo modo d'esprimersi » *testamentum infirmet* e quale azione accordasse e con quale effetto per operare quella sua *infirmazione* che a qualchè cosa di originariamente *fermo* e *sano*, da infermare e rendere in stato di debolezza e d'infermità sembra originariamente diretta. Da più d'un fonte può ricavarsi la indole del diritto che la legge accorda, e la natura e gli effetti dell'azione accordata; dalle parole di questa legge, dalle leggi parallele, dalla dottrina della preterizione, della quale la dottrina delle condizioni vietata forma, come si voglia, o parte, o conseguenza. La legge si vale di cotale espressione che pare annunziatrice di cosa che tolga al testamento ogni forza, e lo riduca a tale stato di debolezza, che non possa, se la metafora non è troppo ardita, operare e reggersi in piedi. Non è però tale la parola che annunzi un' assoluta, totale, e già avvenuta nullità. Le frasi, di cui si valgono le altre leggi, colle quali noi credemmo doversi integrare il senso e la disposizione della legge *Filius* quasi formassero con essa un solo tutto, sono anche più forti di questa. Dicendosi infatti, siccome dal testo di quelle leggi superiormente recato apparisce » *jure te-*

status non videtur » testamentum nullius esse momenti » e dirigendosi dall'Imperatore al figlio la facoltà di adire la eredità, o riconoscendosi in esso la esistenza di questa facoltà, pare che il testamento si riconosca per incapace di produrre effetti legittimi, almeno se il figlio vorrà profittarne. Lo stesso sembra da dire, ove si ricorra alle dottrine generali della preterizione identiche a quella della istituzione sotto condizione vietata, le quali perciò che comunemente si crede dietro il disposto delle leggi 1 *de infusto, rupto, irrito, facto testamento* §. 30. *de lib. et posth. pr. Inst. de exheredat. liberor.* e le osservazioni del chiarissimo nostro Averani, non che di altri moltissimi stabiliscono che il testamento nel quale è dimenticato il figlio suo in potestà, sia nullo per rigore del diritto civile. Le cose però che poco sopra annunziammo per stabilire la necessità che il figlio istituito condizionalmente conservi ed accetti, ed eserciti il suo diritto, sicchè, come anche é sentenza dei Tribunali, la nullità del testamento dipenda dalla sua volontà - le osservazioni sui casi, nei quali non v'è di questa volontà legale esercizio o perchè sia perduta la querela, o perchè sia renunziata, o perchè sia accettato il giudizio del defunto, o perchè innanzi di promuovere l'azione siasi verificata la condizione e così il caso della istituzione condizionale, mi fanno dubitare moltissimo che questa nullità nel testamento viziato dalla istituzione condizionale non sia poi così assoluta e reale

e nascente colla condizione vietata, come per molti si crede; ma che solamente quel testamento soggiaccia alla rescissione, lo che poi è ben altra cosa che l'essere nullo. Potrebbe alcuno, usando della osservazione fatta da Ulrico Huber sul titolo del digesto *de liberis et posthumis exheredandis* interrompermi in questa ricerca e sostenere che nell'attuale ordine e modo dei giudizj non è altrimenti differenza fra il trattare un processo di testamento nullo, e l'agire per via di rescissione, poichè, e per dire di nullità, e per chiedere la rescissione è necessario agire egualmente e far lite prima di parlare di possedere i beni, ai quali si aspira, ove il testamento sia tolto di mezzo. Ed io accetto di buon grado la osservazione; ma siccome gli effetti poi della rescissione e della nullità non sono gli stessi, credo da confermare il mio dubbio con tutti gli argomenti che possono dal dubbio guidare alla certezza. E prima, mi pare da porre per principio non contrastato che un'atto nullo veramente ed assolutamente e per pubblico diritto a principio non può produrre effetti legali - non può sussistere per circostanze successive alla sua formazione - non può tornare alla vita civile per volontà dei privati, nè esistere nuovamente senza essere rinnuovato, anche se è tolta la causa che l'annullava dopochè essa ebbe operato. Ciò che non esiste affatto non ha qualità, non può agire, nè divenire causa di effetto alcuno giuridico, non può senza nuova origine e nuova creazione

ne acquistare la esistenza - Ora, il testamento, in cui il figlio suo è istituito sotto alcuna condizione che non sia in di lui potestà ha tali caratteri, come superiormente annunziammo, che a queste negative proprietà degli atti nulli non corrispondono affatto. Questo testamento non è assolutamente ed in ogni caso privo di effetto. Se la condizione vietata si verifica, l' eredità è adita dall' istituito condizionale; è adita per testamento, egli è erede testamentario: il testamento ha dunque avuto effetto; dunque non era nullo a principio - Se il figlio si astiene dalla eredità, secondo la *l. 17. de injusto rupto irrito facto testamento*, il testamento si sostiene per diritto pretorio: ha dunque, almeno per diritto pretorio, una esistenza ed una efficacia. Se il figlio vuole accettare ed approvare il giudizio paterno, e può egli farlo così espressamente, come tacitamente, si ritiene, come valido il testamento; v' e dunque anche in questo caso una forza in quella disposizione. Se vuole prendere il possesso dei beni secondo le tavole testamentarie, il Pretore per la legge superiormente rammentata glie lo accorda: è dunque questo un nuovo caso di sussistenza del testamento dipendente dalla volontà del privato. Così, o il testamento non è nullo di pieno diritto, o se è nullo per diritto civile, si sostiene poi in moltissimi casi dal Pretore, cosicchè si può dire che vale per diritto pretorio almeno, secondo le dotte osservazioni di Averani. E ciò secondo la più rigida opinione, e quella che mag-

giormente si mostra avversa alla istituzione condizionale dell'erede suo. Che se piacesse di seguitare altre sentenze non meno di questa autorevoli, e più di essa favorevoli alla validità dell'atto, non sarebbe da tacere di quella che vuole, non avere altro effetto la condizione non potestativa che di essere detratta o dalla sola legittima secondo alcuni, o dalla intiera istituzione del figlio secondo gli altri, secondo la quale opinione il testamento resterebbe valido, togliendosene unicamente la condizione. E dopo questa sentenza ricavata dal diritto nuovo, non è da tacere dell'altra che sostiene, essere stata l'antica nullità moderata dalla disposizione della Novella 115. Nella quale se da un lato si nomina la preterizione, dall'altro dopo aver vietato ai genitori questo atto s'irroga ai contravventori la pena, dicendo che i lor testamenti debbono nell'ultima istituzione dell'erede farsi, o rendersi (e certo per via di rescissione) evacuati ed eversi, restando però nei legati e in tutte altre disposizioni validi e fermi. Per le quali cose ci pare da fissarsi che quella facoltà data al figlio dal nostro testo »*testamentum infirmet patris*,» si estende al diritto di chiedere per sommo jus quell'annullazione del testamento per legge civile, salvo restando agl'interessati il sostenerlo per Giurisprudenza Pretoria, nel quale non è avuto per nullo, se pur non voglia dirsi che dopo le disposizioni del nuovo e del novissimo diritto, non si può altrimenti parlare di nullità di testamento, ma

piuttosto di nullità di condizioni; o se di vizio del testamento si vuol parlare, non la dichiarazione di nullità, ma solamente può chiedersene la rescissione, salvi i legati e gli altri capi del testamento. La quale facoltà però di annullare, o di rescindere l'atto testamentario non compete mai al figlio se non ha il carattere voluto dal nostro testo, se non è erede suo e costituito nella paterna potestà. Poichè in riguardo al figlio fuor della potestà, o emancipato, è sempre da ritenere che egli non possa mai pretendere alla nullità del testamento indotta dal diritto civile. Chiamato l'emancipato, come altrove dicemmo e protetto dal Pretore, non può d'altri rimedj valersi che di quelli del diritto Pretorio. E siccome per diritto pretorio non si conosce nullità di testamento per vera, o impropria preterizione, così non può altro rimedio intentarsi che la domanda del possesso dei beni con quelle condizioni e in quei limiti, dei quali or' ora diremo. E queste cose tutte diversamente affatto accadono, ove il testamento si rompa per agnazione del postumo, sicchè le autorità che contemplano quel caso, e la rispettabile decisione della R. Ruota Pisana, e l'opinione degli scrittori allegati da essa restano intatte, e non sono affatto alla specie nostra comuni.

XXIX. E consentanea a questi diritti è l'azione che nasce dalla *l. Filius*, e dalle altre, che o contemporanee o successive formano necessaria parte di quella. Quanto al figlio di famiglia erede suo che ha dalla nostra legge la facoltà d'infermare il

testamento paterno, nel quale è istituito sotto una condizione che non è in sua potestà, purchè abbia conservato questo diritto, e non siasi o astenuto, o sommesso al giudizio paterno, questo figlio ha, come a molti piaccia di chiamarla, la » querela di nullità per diritto antico » In forza di questa azione che gli compete se si adotta la prima opinione che vuole persistenti le antiche provvisioni del Gius purchè si verifichino tutte le condizioni superiormente esposte, purchè non osti all' attore alcuna delle eccezioni già dichiarate, il figlio istituito sotto condizione può domandare che la condizione si dichiari tale che non sia nella sua potestà, e che dopo questa dichiarazione, il testamento sia dichiarato nullo nel suo interesse.

Ove la seconda opinione si adotti, che pure ha molti e gravi sostenitori, e che nelle costumanze e nelle leggi nostre trova appoggio grandissimo, il figlio suo ha unicamente l' azione a far detrarre dal testamento, se non dalla sola legittima, le condizioni vietate.

Ove si accolga la terza sentenza, quella che crede avere la Novella 115. contemplata cogli altri casi di preterizione, e diseredazione anche la specie della istituzione condizionale fatta dal padre a danno del figlio erede suo (e conta essa pure lunga, e onorata serie di Campioni), è da trascerre nei tre sistemi che hanno fama e forza nelle scuole del diritto, quello che più sembra, o conforme alla indole delle cose, o accetto agli usi

ed ai Tribunali Italiani. L'uno di questi sistemi porta che dopo la Novella 115. resti per i diseredati e sia fatto comune agli eredi obliati colla preterizione l'uso della querela di inofficioso creata dall'antico diritto, modificata però nei suoi effetti da quella costituzione, cosicchè e possa per essa rescindersi la istituzione, e restino salvi i legati e le altre parti tutte del testamento e non possano gli eredi scritti provare la giustizia della diseredazione con mezzi diversi da quelli che presentano la esecuzione precisa delle forme per la diseredazione in questa Novella prescritte. Un secondo sistema fissa che, abolite le antiche azioni, una azione nuova è nata dalla Novella nei termini della costituzione di Giustiniano, un' azione rescissoria che distrugge l'istituzione e lascia salve le altre parti del testamento. Un terzo sistema distingue tra i differenti modi, coi quali si mancò nel testamento alle prescrizioni della Novella. E se gli eredi legittimi senza espressione di causa e senza usare delle forme ingiunte furono privati della eredità, ammette la creazione di una querela di nullità nascente dal diritto nuovo diretta a rescindere la istituzione è di niun' altra prova bisognosa che della qualità di erede necessario, e dell' allegazione dei difetti commessi nella sua diseredazione contro le leggi. Che se gli eredi legittimi furono diseredati nelle forme stabilite, e con espressione di causa, ammette la querela d'inofficioso contro il testamento, colla quale il diseredato nega la verità

della causa, e la sua sussistenza, rifonde nell'erede scritto l'onere di provarla, e ove essa manchi chiede la rescissione, sempre limitata però alla istituzione dell'erede. Pare tra questi sistemi riferiti da Muhlenbruch che i Tribunali d'Italia anche nel caso di preterizione che sarebbe quello della querela di nullità, inclinino ad ammettere la querela d'inofficiosità. Che dire poi delle azioni che al figlio fuor della potestà emancipato competono? Null'altro a mio credere se non quest'uno: che a lui compete la petizione possessoria della eredità per ottenere il possesso dei beni contro le tavole del testamento, salvi sempre i legati che il Pretore protegge, e quelli in speciale modo che son dovuti ai genitori ed ai figli del testatore. Ma è tempo ormai di tacere sul diritto. Bello e dolce è parlare dei lor diritti agli uomini, grave e necessario mostrare i limiti di questi diritti, ma tutto ha una misura e un confine; e quella ormai qui trabocca, e questo è varcato. Vedemmo del fatto - vedemmo del gius - E perchè dal fatto ogni diritto dee nascere e misurarsi - confrontiamo il diritto col fatto, sicchè possa giudicarsi se dal fatto della causa nasce il diritto che si asserisce in contrario.

Confronto della Legge Filius 15 de Conditionibus institutionum col fatto della causa presente.

XXX. Ogni interpretazione di legge che non stia nei miseri e nudi confini della Filologia per

intendere le nude parole, e che pretenda a conoscere la forza, e la potestà o a meglio dire la vera comprensione della legge è un confronto d'una legge con un fatto. O il fatto è supposto; e si finge per conoscere a quali e quante specie di casi si stenda la legge, e quante di queste specie contenga tacitamente nelle sue disposizioni; O il fatto è reale e si confronta colla legge non solamente per il bisogno di bene intenderla, ma di utilmente adoprarla. Si proponga però quel fatto ipoteticamente nell'accademia, o si realizzi nel foro, bisogna confrontarlo colla legge; e solamente quando esiste identità tra il fatto proposto, e i fatti che la legge espressamente contempla o tacitamente contiene può invocarsi la legge in questione e sostenere che dispone per quel fatto. Per invocarla bisogna sostenere che ha compreso nelle sue disposizioni quel fatto; perchè sia compreso in essa o contenuto nelle sue disposizioni, bisogna che sia una stessa cosa con quei fatti che nella disposizione si contemplano apertamente e si leggono. Bisogna *trarre* ragionando la legge al fatto, per valermi d'una frase del testo, e, quando si ragiona, bisogna sempre passare necessariamente e andare dallo stesso allo stesso. Nè è già da pretendere che totale identità si verifichi tra il fatto, e la legge: basta la identità parziale che è poi il fondamento dell'arte di pensare e di ogni sua applicazione. Ma questa parziale identità debbe ascendere al grado di analogia perfetta concepita da effetto a causa, d'un analogia nella qua-

le, nelle varie somiglianze e differenze, esista tra il fatto della legge e il fatto proposto identità di utilità, e questa identità di utilità è là dove il fine della legge concorre, e il fine della legge concorre dove ricorrono i mezzi e si verificano le speciali condizioni che la legge prescrive, cosicchè si abbia nel caso in questione lo stesso effetto colle stesse cause produttrici, cioè coi medesimi mezzi che la legge propone. Questa è dottrina della ragione e del testo: il Giureconsulto nella legge *Nam 13.* nei digesti » *de legibus* » la professa apertamente. Ora, quale sia il fatto, noi lo narrammo; quale la legge che l'Avversario propone, quale il suo fine, quali i suoi mezzi, e le condizioni che esige nei fatti, alla cui contemplazione si preordina, noi lo esponemmo. Resta ora che tutte successivamente queste condizioni della legge si confrontino colle circostanze del fatto per concludere poi se la legge invocata in contrario al nostro fatto convenga. Riprendiamo collo stesso ordine, col quale le scuoprimmo nell'analisi della legge, queste condizioni. Ricordiamo che sono condizioni veramente, sotto le quali la legge vuole operare, e che se una sola ne manca nel fatto, mancando una delle condizioni della legge, manca la legge; e il fatto che non verifica quella condizione, è fuori della contemplazione espressa, e della tacita comprensione della legge. Così se proveremo che una sola di queste condizioni legittime nella specie attuale non si verifica, avrem provato che la legge invocata non fa altrimenti pel nostro Avversario, e che la sua causa è finita.

XXXI. Prima Condizione. Per prima condizione, e noi lo provammo (ai §. 20, e 21.) la legge esige che si tratti di figli costituiti nella potestà del loro padre, e questa legge conseguentemente esclude gli emancipati, per i quali nel Gius pretorio è diversamente e specialmente disposto come tutti quelli che non essendo nella potestà paterna non hanno nè il nome, nè il carattere di figli *di famiglia*, o *della famiglia*. E noi lo narrammo (§. 1.) i figli tutti del sig. Adriano Prato sono ormai fuori della paterna potestà perchè la loro età superiore ai trenta anni ha abolito questo vincolo ai termini dell'articolo 6. della lagge toscana sulla patria potestà. Così la prima condizione della legge manca, e noi dimostrammo superiormente che non può rendersi comune la censura della legge ad altri che al figlio di primo grado, che figlio sia di famiglia e sotto la paterna potestà consistente. E questo solo basterebbe perchè la dottrina delle condizioni non potesse invocarsi a danno del testamento, poichè a tutt'altri che al figlio in potestà possono imporsi le condizioni. Nè sapremmo per verità ciò che possa opporsi, desumendo la opposizione dal fatto. Si dirà forse come si disse all'udienza che bisogni distinguere tra il figlio che esce dalla paterna potestà per volontaria o necessaria emancipazione del Padre e quello che è, a così dire, emancipato dalla legge, sicchè ciò che si dice dell'emancipato per escluderlo dal disposto del nostro testo non possa applicarsi a quel figlio che per

quella, come dicevasi, impropria emancipazione, legale è di suo diritto? Se si volesse pure ripetere questa objezione, noi osserveremmo in primo luogo che non esigiamo la emancipazione per disapplicare la legge, ma vogliamo che il figlio sia in potestà, e domandiamo all'avversario questa condizione, sotto cui la legge procede perchè egli abbia diritto di applicarla. Se la condizione manca, se il figlio non è alrimenti nella potestà paterna, qualunque sia la causa, per la quale il diritto di paterna potestà è disciolto, non avendo esso il carattere voluto dalla legge di figlio di famiglia, non adempiendo la condizione sotto la quale il diritto a *infermare* il testamento paterno gli è accordato, tanto basta perchè, come è fuori dalla potestà paterna, così fuori sia della legge. E aggiungeremmo di più che se anche si trattasse di legge che espressamente dichiarasse durare il diritto fino alla emancipazione, sicchè questa fosse posta in condizione alla perdita del diritto, vedendosi contemplato l' effetto di essa, che è il troncare i vincoli della potestà familiare, come è stato anche detto assai volte dalle leggi, e deciso dai tribunali, non quella sola che si chiamava in contrario legale emancipazione, ma qualunque tra le maniere molte e notissime, colle quali si scioglie la potestà basterebbe perchè si perdesse il diritto - Non si dirà, io credo, che i figli di Adriano Prato, sono oggi sotto un tale impero di pubblico diritto che non riconosce altrimenti la paterna potestà, quale i Romani la conoscevano. Poichè

se ciò si dicesse, potrebbe questo argomento opporsi a quelli stessi che lo propongono, dicendo, come Voet diceva del suo paese, che siccome oggi gli effetti della potestà non sono altrimenti tali, quali le Romane leggi gli stabilivano, così, come egli aggiungeva, debbono cessare colla causa gli effetti, e non debbono intendersi sussistenti altrimenti, nè a questi tempi applicabili le rigorose misure della *l. Filius* e delle altre che annullano il testamento per la preterizione contenuta nelle condizioni E veramente, se i vincoli sono slargati, indeboliti e cambiati, quella preterizione che parve sì assurda in quel figlio che parte essendo della familiare strettissima associazione aveva, a così dire, un condominio in quella proprietà, una partecipazione, o almeno una vocazione dal pubblico a quell' Impero famigliare che costituiva la pubblica importanza delle famiglie, quella preterizione, io dicea, dee parere meno strana, e dee meno seguitarsi in ogni sua minima fase di ciò che in quei tempi, e per quelle cause si faceva colla censura di queste leggi. E questa osservazione ci conduce naturalmente alla seconda condizione.

XXXII. Seconda Condizione. Esige la legge in secondo luogo che il figlio, condizionalmente istituito sia erede suo, e rivestito così di quella specie di comproprietà per la quale le leggi gli attribuivano questo carattere; lo mostrammo superiormente (§. 20.) e le leggi se ne spiegano assai chiaramente. I figli del Sig. Adriano Prato però non

furono mai Eredi suoi nel senso delle leggi. Erede suo era il figlio di famiglia Romano perchè le leggi lo avevano così strettamente unito al padre ed alla società familiare che si considerava già come padrone delle sostanze paterne, e però avevano voluto assolutamente che fosse istituito in erede; anzi tale era il concetto dei nostri antichi che non pareva loro verificarsi nel figlio eredità, ma continuazione di dominio, e così la sua istituzione sembrava una dichiarazione semplice che il di lui diritto riunivasi al fatto, lucchè una vera trasmissione delle sostanze e della persona giuridica del padre suo. E tale è la spiegazione che dà Paolo alla necessità della istituzione dei figli eredi suoi. Senza che osti a ciò la libertà data al padre di diseredargli, essendo questa, come dicemmo, una conseguenza di quel libero impero che sulle cose e sulle persone della famiglia aveva il padre, libero impero, lo dico, nei tempi eroici, subordinato quindi nei tempi successivi alla revisione dei Centumviri, alla correzione del Potere esecutivo, alla espressa direzione delle leggi; ma sempre, o riputato, o voluto giusto e razionale; dispotico e capriccioso e contenente uso ed abuso non mai. *In suis heredibus,* (così quel sommo Giureconsulto nei suoi lavori Sabiniani di cui è un frammento nella legge 11. *de liber. et posth.*) *evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre domini existimantur. Itaque post mortem*

patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Nec obstat quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat. » Ecco il perchè nel sistema delle leggi Romane i figli erano eredi suoi e come eredi suoi nel caso di preterizione dovevano annullare il testamento, quasichè il testatore nel caso di silenzio sul conto loro non avesse usato del rigido e severo potere di punirgli colla diseredazione, ed avesse lasciato operare quella continuazione di dominio: Ed ecco il perchè i figli d'Adriano Prato costituiti sotto il regime delle nostre leggi non possono riguardarsi per *eredi suoi*, nè possono come tali aspirare ai diritti che la legge *filius* dà ai figli eredi suoi d'*infermare* il testamento paterno che nella condizione causale o impossibile contiene un caso di preterizione. Il nostro regime non ha eredi suoi, non conosce come dicono i nostri barbaramente » diritto di suità, perchè nè conosce condominio filiale, nè necessaria istituzione, giacchè si contenta che il padre supplisca ai bisogni del figlio lasciando a lui la legittima, ed espressamente dichiara (legge del 15. Novembre 1814 art. 6.) » che può lasciarsi la legittima senza l'espresso titolo di istituzione » Nel quale stato di volontà, sciogliendo le antiche questioni, e rendendo il titolo di erede affatto eventuale nel figlio, e dipendente dalla volontà di suo padre, come l'antica necessità d'istituirlo, così abolisce solennemente in esso il carattere di erede suo. Nè ciò che la po-

steriore legge dal 1814. stabilisce letteralmente potrebbe trovarsi poi contradetto o corretto dalla legge del 18. Agosto 1815. alla quale per creare anche tra noi il carattere e i privilegj della *suità* si ricorreva in contrario all'udienza. Poichè, per non dire che le leggi anteriori attraggonsi e son corrette dalle posteriori, ma non queste da quelle, entrando così in una pretenzione per se stessa ridicola - per non avvertire che le massime della successione intestata non si recano a disporre tacitamente della istituzione, e del testamento, basta osservare il testo che s'invocava di quella nostra legge per ottenere la convinzione che nulla ha a fare essa colla suità. Si disse in quella legge (se bene e opportunamente, non è nostro il deciderlo) che nel momento della morte di quello, della cui eredità si tratta, il possesso della eredità, è trasferito dalla legge per modo di non interrotta continuazione nel successore legittimo. Ma che di quì? Che tutti i successori legittimi, anche il Fisco, sono eredi suoi, se il senso della legge e la sua volontà volle così creare i *suoi* eredi in Toscana. E dall'assurdo della conseguenza è da misurare la falsità della massima nel senso in cui si spiega. Ma veramente, quì non è questione del *dominio*, ma del *possesso*, non di necessità d'istituzione ma di effetti della successione intestata già verificata. E' quì adottato e trapiantato in Toscana quel bizzarro concetto delle costumanze Francesi che il morto dà il possesso al vivo (*le mort saisit le vif*) di

cui ha scritto tante cose il verbosissimo Tiraqueau per fissare alcune conseguenze possessorie contrarie al disposto delle leggi Romane e alla natura delle cose. E se di possesso, e per tutti gli eredi intestati si tratta, e non di dominio, e pei figli, è da credere che siasi equivocato improvvisando anzichè abbiasi avuto il concetto di formare un'argomento stabile alla difesa. Noi procediamo dunque nel concetto che non sieno eredi suoi i figli del Sig. Adriano Prato, perchè non esiste in Toscana la *suità*: che quì ove non è questo diritto, ivi la censura della legge *filius* non si verifichi, siccome G. Voet, Paolo Voet, Ugone, Grozio, il Leuwen ed altri mille con essi rettamente asseriscono. E con ciò potremmo evitare la fatica, e l'indiscretezza (fatica per noi, indiscretezza a danno del nostro Giudice) di un'ulteriore confronto. Ma poichè il dovere ci strigne di nulla omettere di ciò che può condurre alla utile e retta decisione della causa, è giusto che il nostro esame comparativo sulle altre condizioni della nostra legge prosegua. E prosegue esso nel fatto con maggior forza e con più favorevoli auspicj, seppure di questi abbisogna una causa, nella quale s'intende a tenere valido un'atto che tutte le leggi proteggono!

XXXII. Terza Condizione. Noi andiamo in questa, e nella condizione seguente a toccare il centro vero della questione, e la causa della censura del testo. La legge non vuole che il testamento del padre contenga vincoli condizionali nell'istitu-

zione del figlio, se pure le condizioni imposte non sieno poste nella di lui facoltà, sul che superiormente (§ 32.) il senso della legge fu per noi spiegato abbastanza. Quindi terza condizione perchè proceda la legge è questa: Che vi sia nel testamento una condizione imposta all' erede, la quale non sia nella di lui potestà. E il testamento accusato di nullità contiene veramente una parte condizionale, ma la condizione è una sola, e in questo solo consiste, nell'emettere una promessa che non repugna affatto alle leggi della morale, o della Città. Essa è quindi ed assolutamente per la *indole sua*, e per le *stesse dichiarazioni degl' istituiti* nella libera e piena loro potestà. Per la indole sua perchè tutta intiera la esecuzione della condizione consiste, nell'articolare sulla interrogazione dell'Esecutore testamentario stipulante, la parola solenne « prometto » e qual v'è tra gli uomini, comunque di limitatissime facoltà che non possa liberamente pronunziare queste tre sillabe « Prometto? » Per le stesse dichiarazioni degl' istituiti perchè la riconoscono come potestativa, e si dichiararono pronti a promettere. Io dissi primieramente che la condizione è una sola e che consiste solamente in una promessa, e però in un'atto libero e facile della volontà degli istituiti e basta per starne convinti il ripetersi la formula testamentaria in che quella condizione si contiene» *Come condizione sospensiva « ed impeditiva il trapasso nei...miei figli della lo- » ro quota ereditaria ordino e voglio che i medesi-*

» *mi prima di assumere il carattere di eredi e*
» *prima di mescolarsi nella minima parte della*
» *mia eredità, ma al più tardi dentro un mese*
» *dal giorno della mia morte,* promettano *e si* obbli-
» ghino *respettivamente in forma autentica e solen-*
» *ne di non dividersi e separarsi dal mio figlio Mas-*
» *similiano per il corso di anni dieci, di rilasciare*
» *al medesimo per lo stesso termine l'amministra-*
» *zione libera della loro quota ereditaria, onde prov-*
» *vedere possa principalmente alla educazione,*
» *istruzione e mantenimento dei loro figli e di non*
» *creare per il termine medesimo obbligazioni di*
» *qualunque sorte sopra la stessa loro quota. Che*
» *se nel termine sopra indicato non avranno re-*
» *spettivamente fatto nella forma suddetta le ram-*
» *mentate obbligazioni e non avranno emessa la*
» *promessa della loro pienissima osservanza colla*
» *renunzia giurata ed esplicita a qualunque ra-*
» *gione ed eccezione che credere potessero a lo-*
» *ro competente, in tal caso privo ed intendo che*
» *sia privato il contumace della mia eredità e che*
» *si consideri come giammai da me nominato in*
» *Erede.* » Perchè dunque, dirà taluno, si dà questa condizione per casuale, impossibile, moltiplice e tale da presentare ostacoli insormontabili? Nel silenzio dei nostri Avversarj noi non sapremmo assegnarne ragione. Se non che, riunendo il tenore della loro domanda a quello della loro difesa all'udienza, ci pare che possa indovinarsi il motivo e riporlo in un'equivoco, tra la promessa, e il fatto

della sua esecuzione. E' fuor di dubbio che il testamento separò dalla promessa e dal *fatto semplice della promessa* (e questo fatto semplice fu posto in condizione) *il fatto della esecuzione*, e questo fatto come di sopra narrammo (§. 4.) non fu materia di condizione; ma solamente di pena. Poichè dopo avere imposto la condizione, così proseguiva il testatore a disporre » *Ed immaginando il possibile che no-* » *nostante la solenne promessa ed obbligazione...* » *contravvengano dopo l' adizione della mia ere-* » *dità a qualunque delle medesime promesse ed* » *obbligazioni, in tal caso, ora per quando av-* » *venga alcuna di dette contravvenzioni,* GRAVO » *il contumace sulla di lui quota ereditaria del* » *pagamento di Scudi quattromila* » E con questa disposizione dichiarava che tosto dopo la emissione di quella promessa i figli condizionalmente istituiti erano già eredi e potevano liberamente adire la paterna sua eredità, e questa tutta intiera cedeva ad essi, meno il valore della pena, la quale solamente incorrevano in caso di colpa; e così la stessa esecuzione del fatto quantunque non fosse condizionale, era pure meramente potestativa secondo la indole delle obbligazioni penali. Ma come io riguardo per indubitato che tale sia il senso del testamento, così mi sembra certissimo che su questo senso il nostro Avversario incorresse nell' intentare e difendere la causa in un gravissimo equivoco, e che su questo sia costruita la difesa contraria. E questo equivoco stà nello *scambiare*

la promessa colla esecuzione, e nel supporre che il testatore abbia posto in condizione i tre fatti negativi - non separarsi, e dividersi - non opporsi alla amministrazione del fratello - non contrarre obbligazioni per un decennio, mentre questi fatti, come abbiamo detto, non sono affatto condizione della eredità perchè disgiunti dalla parte condizionale, perchè posteriori nella loro esecuzione all' adizione della eredità. E che in questo equivoco cadesse a principio l'attore e che vi rimanga egli tuttora, tutto il dimostra. Lo dimostra la domanda, in cui si parla delle condizioni come se molte fossero, ed alcune se ne enumerano che sono poi i fatti che non sono materia della condizione, ma soggetto unico della promessa. Lo dimostra la scrittura successiva, nella quale l'attore si spiegava su questi fatti. Lo dimostra il tenore della difesa all' udienza, nella quale fu detto, se la memoria non ci tradisce, che nel testamento si aggiungevano alla istituzione tali condizioni che ponevano i figli sotto un amministrazione tale che prorogava la cura, toglieva ad essi la potestà e la educazione dei figli, impediva la emissione di obbligazioni loro, e così l' esercizio della proprietà, ordinava la comunione, impediva agl' istituiti di comparire in giudizio gli obbligava al giuramento, gli poneva sotto l' arbitrio fraterno per l' esame delle carte e il pagamento dei debiti che si ascrivessero alla eredità. In questo stato di cose, che resta da fare? Per la causa null' altro che questo solo - notare l' errore tra il senso vero del-

la condizione, è il senso supposto: tornare a dire che una promessa lecita è sempre potestativa, e ripetere che per potestativa e per legittima hanno ritenuto e approvato questa condizione nostra gli istessi figli istituiti, i quali per due intieri giudizj avanti il Tribunale, a cui abbiamo l'onore di dirigere questo lavoro, e avanti la Ruota d'appello Pisana accettarono la condizione. Ma per l'esteriore della Causa, per l'onore dovuto alla memoria del testatore, per il decoro stesso di questi figli istituiti che si vogliono così interdetti per privata volontà del padre e quasi posti alla catena come altrettanti servi dell'atrio, ci pare da dire qualche cosa di queste supposte condizioni, cioè di quei fatti, de' quali si dice che il testatore voleva l'adempimento. E prima è da dire che questi fatti sono esagerati e cresciuti fuor di modo nel numero, e poi che sono aggravati fuor di maniera nelle lor circostanze, sicchè, come nel numero, così si crescono stranamente nella importanza, e que' che erano benefizj si convertono in offese, e quei che erano doni si formano in ceppi e catene, e finalmente è da dire che sono sbagliate le loro qualificazioni giuridiche quando si danno come tali da considerargli per impossibili, e da meritare l'intervento delle leggi a censura di quei che gl'impongono, a protezione di quelli che ne sono gravati quando si obbligano ad eseguirli. - Cominciando noi a sodisfare a quel primo incarico che la causa esige, a notare lo sbaglio, ed a ripararlo, ripetiamo che la condizione ha per soggetto la pro-

messa degli istituiti di non separarsi dal fratello, di non impedire che egli amministri la loro quota, di non aggravare questa quota di obbligazione, e tuttociò per dieci anni. E noi diciamo di nuovo che nulla è più agevole e potestativo d'una promessa, tanto più quando la condizione non investe la sua esecuzione, e quando niuno acquista diritto a farla coattivamente eseguire, salvo ciò che sia del modo penale susseguente. Se non che, vorrà forse opporsi in contrario che non si tratta di semplice e nuda promessa, ma anche di renunzia GIURATA ed *esplicita* a *qualunque eccezione che credere potessero a loro competente* i promittenti, e si dirà così, come si diceva all' udienza che fra le condizioni imposte v' è quella pure del giuramento, la quale è considerata dalle leggi come contraria alla ordinaria potenza, o come turpe, o impossibile. A ciò può rispondersi in primo luogo che non si tratta di giuramento solenne e speciale, pel quale forse invaleva a Roma quella Giurisprudenza pretoria che lo disapprova, ma di renunzia giurata, nella quale in sostanza nè si promette, giurando, un fatto, nè in grazia del giuramento si acquista, o pel solo difetto di esso si perde tale e tanta cosa che possa indurre a violare, o a temere la santità del giuramento. Si parla di quel comune giuramento più di formula che di sostanza degli atti autentici che si confonde colla renunzia come un' accessorio di quella. Può in secondo luogo rispondersi che

questa condizione di giurare non si ha nè per turpe, nè per impossibile da alcuno se l'istituito l'accetta, come rileva G. Voet dalla legge *Antistius de acquirenda vel omittenda hereditate*, e che avendo accettato gli eredi istituiti la condizione, non può farsene questione altrimenti. Può finalmente, se non c' illude l' amore della causa, farsi a questo proposito una terza osservazione. Secondo la nostra legge, si vietano nel testamento paterno, e lo infermano, quelle condizioni *quæ senatus, aut princeps improbant*; e così quelle che traggono da una legge vera e propria la loro riprovazione. Ma la condizione, della quale parliamo, non dal diritto civile trae la sua riprovazione, ma dalla sola Giurisprudenza Pretoria; e così non è compresa nè tra quelle che disapprova il patto considerato come ordinario corpo legislativo, o il Principe investito straordinariamente di questo potere a Roma dalla legge regia, se essa vi fu realmente, o da altro che sia effetto di forza o d' industria politica. Che se pure più profondamente volesse esaminarsi questa materia, si potrebbe forse distinguere fra le condizioni riprovate che producono pure un' effetto negli atti, e quelle che non ne producono alcuno, e mancano affatto di efficacia. Le leggi sulla preterizione per via di condizione, e in specie la nostra legge decimaquinta *de conditionibus institutionum* suppongono che il testamento contenga veramente e *propriamente la condizione* e con essa

contenga un caso di preterizione che è quello, in cui la condizione manchi. Se il testamento non contenesse la condizione, se non vi fosse scritta, se non operasse, non vi sarebbe caso di preterizione, non possibilità che la condizione mancasse, non effetto da distruggere coll' abolizione del testamento. E' quindi da dire che se la condizione può produrre un' effetto, annulli allora il testamento, ma se è solamente apparente, e del resto poi è inutile, inefficace, e dee riputarsi come non scritta, siccome non sussiste realmente non fa condizionale il testamento, e per conseguenza non lo rende nullo. Ora, tale è precisamente la condizione del giuramento. Il Pretore la rimette: autorizza quello a cui è imposta a ricevere la istituzione o il legato come se la condizione non esistesse - E, ciò che importa sommamente, non esige che il testamento condizionato gli sia denunziato per cassare colla sua autorità la condizione, ma generalmente comanda che si abbia come non scritta, che il lascito abbiasi come puro, che ceda il giorno del legato, che sia adita la eredità, qual se la condizione di giurare non esistesse. Che diremo noi dopo tutto questo d' un testamento paterno, in cui quella condizione si legga? Diremo che, siccome la condizione si considera come non scritta, il testamento non la contiene, e l' istituzione considerata come pura non contiene nè vizio di preterizione, nè censura della legge - Ma da ciò che brevemente osservammo per una certa utilità della causa, pas-

siamo a ciò che giudicammo doversi rapidamente notare per onore del testatore e dei suoi eredi e pel decoro così della causa medesima - L'avversario enumera molte gravi condizioni, e se ne lagna per quei che le soffrono, e che pajono non esserne nè offesi, nè contristati. Noi lo abbiamo detto, non si tratta qui di condizioni, ma di semplici ingiunzioni penali che trasgredite farebbero mancare all'erede una menoma parte del lucro, ma non la eredità, la quale perdita poi, ove la mancanza e la contravvenzione fosse generale, darebbe luogo a molte compensazioni fra gli eredi che nello stesso tempo soffrirebbero e pagherebbero la pena, e ne esigerebbero dal loro coerede il pagamento. - Condizioni però, o modali ingiunzioni che queste sieno, di che finalmente si tratta? Sicuramente di tali cose che quantunque si spargano nel volgo, e dai creduli ascoltatori forse si reputino per gravi, onerose, difficili, e tali infine da stancare la pazienza, e violare i diritti di que' figli a cui s'impongono, non hanno però d'aspro, o difficile, non che d'illegittimo, in verità, nè la sostanza, nè l'apparenza. Un padre amico dell'ordine e della familiare unità perchè nell'unità del potere e nello spirito d'aggregazione trovò sempre l'ordine e la forza, e nell'ordine e nella forza vidde ed ottenne la conservazione e la produzione delle ricchezze; e la guarenzia dei costumi, questo padre vuole che per dieci anni i suoi figli, ai quali ha lasciato un opulentissimo patrimonio non si separino. Non assumono

personalmente l' amministrazione di questo suo patrimonio permettendo che il fratello designato dal Padre assuma per loro questa fatica - finalmente che su questo patrimonio non contraggano obbligazioni, non lo gravino d'ipoteche. Che v' è in tutto questo di repugnante alle leggi, all'amorevolezza del padre, all'utile, e all'onesto dei figli? Esaminiamolo, fissando l'attenzione successivamente sù ciascuno di questi precetti - non separarsi - non amministrare l' eredità - non aggravarla di debiti per dieci anni - Il primo precetto vuole che i figli promettano di non dividersi e separarsi dal fratello Massimiliano per il termine di anni dieci. Che impone il testatore con questo precetto? Altri ha inteso che volesse una comunione decennale assoluta di beni, di casa, di mensa; ma siccome si tratta d'obbligazione che dee sempre ristringersi, e di obbligazione penale che merita pure una singolare restrizione, io per la verità non la intendo così. So che anche una comunione perfetta di beni di casa, di mensa, quando è temporaria può ordinarsi dal testatore liberamente, e i figli non possono per alcun modo impugnarla. Me ne assicurano; ragionamenti d'un Giureconsulto degno di ogni stima e singolarmente accetto all'Avversario che in questa causa medesima per la verità dichiarava queste supposte condizioni permesse e citava tra i moltissimi consenzienti dopo il testo il Claro, il Micalorio, Arias de Mesa, de Luca, il Fontanella il Peregrino, il Guttieres.

Ma perchè moltiplicare i vincoli per distruggerli? Perchè aggravare le obbligazioni e stenderle oltre il senso delle parole per giovarsene poi ad annullare l'atto che le contiene? Il testatore ha usato di frasi che non includono necessariamente la comunione della mensa, e che escludono la comunione dei beni. Le prime sono quelle semplici di *non dividersi e separarsi*, le quali congiunte al legato di abitazione fatto ai figli nella casa paterna mostrano di quale separazione si tratti: e certo uniti e non separati son que' fratelli che in quella stessa casa convivono, nella quale nacquero; e basta che non vi sia assoluta divisione e separazione perchè il precetto del testatore si compia. Le seconde frasi son quelle, per le quali nel secondo precetto si vuole che i figli promettano di rilasciare al fratello Massimiliano per dieci anni l'amministrazione libera della loro quota ereditaria, dove parlandosi di quota distinta si suppone che la divisione formale del patrimonio abbia già avuto luogo, come già è stato anche inteso dalle parti e dal Tribunale; e si da anche un uso speciale d'una parte delle rendite individuali a benefizio dei figli di ciascuno degli Eredi, lo che non potrebbe eseguirsi se il patrimonio non fosse diviso, e la quota a ciascuno dei coeredi specialmente assegnata. Si riduce così il precetto del testatore ad ingiungere ai figli il godimento dell'abitazione loro lasciata senza onere alcuno, e il godimento pure del loro patrimonio senza pensieri d'ammini-

strazione, senza aggravi, e senza pericolo, con tutti i vantaggi che trova un proprietario nel ritenere il dominio, e l'utilità del suo, lasciando ad altri che fatichi per lui, l'amministrazione dei suoi beni. E questo godimento pure quanto si poteva fù garantito ed assicurato da ogni maniera d'incomodo per le cure del testatore. Poichè, potendo le dolcezze di questa posizione degli eredi che avevano l'abitazione senza dispendio, e i frutti del loro patrimonio senza fatica, essere forse lievemente turbate da alcuna domestica alterazione che tra donne e fanciulli d'una stessa casa, comunque seduti a diverse mensa non è impossibile, è da vedere come in quel testamento avesse cura di sopprimere ogni domestica questione, e di troncarne pure la radice senza liti, o dispendj togliendo il legato a quello che fosse cagione di questa alterazione nella domestica pace. Così con questo precetto più volle accettato un dono che imposto un onere, se nell' eseguire il precetto non v'era nè da fare, nè da soffrire per quelli, ai quali quel precetto era imposto. Se non che, si guarda di mal'occhio in contrario questa vita beata, e queste due condizioni; e appuntando specialmente gli sguardi sul secondo precetto » *di rilasciare al fratello Massimiliano per dieci* » *anni la libera amministrazione della quota* » *ereditaria* » congiunto al terzo » *di non creare* » *su quella obbligazioni* » posto in soggetto di promessa a Romualdo ed Ermenegildo si credono degne di censura queste clausole del testamento. Quanto

a me, se io rifletto a questa amministrazione che non dà facoltà alcuna straordinaria all'amministratore, ingiungendoli solamente di *provvedere*, cioè di spendere l'occorrente, nell'istruzione, educazione, e mantenimento dei figli degli amministrati, e dando questi provvedimenti come una delle ragioni di quella amministrazione, se penso che non toglie essa al padrone nè il diritto al rendimento dei conti che si è già cominciato, anche fuor d'ordine, ad esercitare, che non toglie agli amministrati il diritto agli utili prodotti dal patrimonio (che già si cominciarono sempre fuor d'ordine ad esigere) se osservo che non si è neppure proibita temporariamente l'alienazione, io non capisco davvero, e nessuno capirà, come si voglia convertire questo benefizio in ingiuria, e lagnarsi perchè il padre abbia dato ai suoi figli per dieci anni un agente gratuito. Ma, in questa età gelosa dei diritti di ciascuno, che tanto parla di diritti, mentre poi tratta di obbligazioni sì poco, si dice che i diritti de' figli sono violati, e che que' meschinelli quasi vogliono riporsi nella età prima e dare ad essi un tutore, o almeno almeno un curatore. E siccome ciò equivale ad una interdizione che mandi al dire del Poeta » *ai sani parenti* » la tutela dell'interdetto; e siccome l'interdizione è un giudizio disonorante di mente non sana, e può solamente farsi dal supremo Potere, il Sacerdote Prato si lagna e grida pe' suoi fratelli, i quali tacciono e dichiarano di volere tacere, e gridando dice che questa promes-

sù non può ne farsi, nè comandarsi, e che questo rilasciare l' amministrazione al fratello è un perdere affatto la personalità giuridica, ed un renunziare volontario alla libertà, lo che non può nè esigersi, nè eseguirsi lecitamente. Io però dico che bisogna quì uno strumento ottico di quella forza che Nicolet scherzando supponeva al telescopio di Herschel, per vedere tante cose in queste poche parole (» *rilasciare la libera amministrazione della quota - non contrarre debiti sù di essa* ») quante si dicea vedersene nella Luna. E questa forza dee consistere nel mostrare quel che vi è, e nel *fingere* quel che non vi è. E v'è un'amministratore dei beni lasciati dal testatore incaricato di pagare a cassa aperta tuttociò che bisogna per l' educazione, istruzione, alimento, ai figli degli amministrati, ma tutto questo è potestativo davvero per gli amministrati; i quali eseguiscono la volontà paterna solamente » *col lasciar fare* » o se così si vuole » *col dolce far niente* » del che non vi fu mai nulla che fosse più di questo nel potere dell' uomo. E v'è un invito *a non contrarre obbligazioni sulla quota*, ma questo pure è un negativo che colla stessa impotenza si eseguisce - Che poi questa impotenza, a cui l' erede è ridotto d'amministrare la sua quota e di far debiti sù quella, non sia stato mai concepito nè possa concepirsi come cosa vietata, certo dopo il consiglio 131 del Castrense, e dopo tuttociò che sù quel proposito è stato scritto e deciso non è permesso di dirlo per criticare questa disposizione.

L'avere un tale che vi tolga le noje, le pene, il pericolo dell'amministrazione, conservandovi tutti i diritti che il dominio contiene e che stanno nel possedere, godere, alienare, difendere, vendicare, equivale certo a togliere le fatiche della proprietà e serbarne illesi i vantaggi: e questo non si potrà mai dire cosa impossibile, turpe e che riduca taluno alla interdizione, perchè l'interdetto trova sospeso per se e trasferito in altri veramente l'esercizio tutto intiero dei diritti che costituiscono la personalità giuridica, e non può nè difendere, nè alienare, ne vendicare, nè per se solo possedere, non potendo poi nè obbligarsi affatto, nè stare in giudizio. Sul che è da osservare, per non cadere in equivoco, che se la inibizione di obbligarsi pare contenuta nel nostro testamento, ciò però non è vero realmente poichè è colà solamente proibizione di » contrarre obbligazione di qualunque sorte sulla quota ereditaria » ma non è affatto inibita la vera e propria obbligazione di se stesso quando s'inibisce l'obbligazione *su i beni*, sotto il quale modo di dire niuna altra cosa è da intendere che la sola ipoteca. Gl' istituiti sono dunque nel caso nostro nel pieno e libero esercizio di tutti i loro diritti sulla loro propria persona, e sulle cose loro, e non v'è atto della proprietà reale o personale che sia loro inibito. Sono anche liberi proprietarj dei beni copiosamente, volontariamente lasciati ad essi dal loro padre, se non che per dieci anni debbono astenersi dall'ipotecargli, e consentire che il fratello

sudi e fatichi ad amministrargli per loro; e tutti convengono che un testatore può, sulle cose sue e sui lasciti che fa, imporre certi vincoli, purchè non attenti alla personalità, e libertà dell'istituito; e riducono questi ultimi aggravi col Castrense al limite di quei primi. Si dirà egli, come si diceva all'udienza, ed altrove che questo amministratore invade i più sacri tra i diritti d'un padre, e si fa per precetto del testatore arbitro dell'educazione, della istruzione, e del governo dei figli altrui, a scorno e danno *e tormento* del padre loro? Non si dirà più certamente, sol che si legga il contrastato testamento, e si vegga che di questa educazione, ed istruzione la cui somma si vuol tolta al padre e trasferita all'amministratore, non v'è cosa, o elemento che a quello sia tolto, o a questo accordato. Massimiliano Prato è costituito provveditore, cioè economo, cioè cassiere, e non direttore di questa educazione, dicendosi nel testamento » *che i figli promettano di rilasciare al medesimo per lo stesso termine l'amministraziane libera della loro* QUOTA. ONDE *provvedere possa principalmente alla educazione, istruzione e mantenimento dei loro figli.* » Così egli è quel che paga e provvede il bisognevole, ma non è affatto quello che ordina e governa, e dirige e comanda nella particolare famiglia di ciascuno tra i fratelli. Si dirà che anche la vietata obbligazione delle quote danneggia l'istituito perchè sospende il suo credito, gli toglie i mezzi a speculare mercantilmente, a dotare le figlie, a

promettere la restituzione della dote cautamente, a stare in giudizio, e a fare cento e mille altre cose che bisogna pur fare nello stato di società e di famiglia? Non si dirà più neppur questo, sol che si osservi che qui non s' *investe affatto la persona*, nè la civil sua capacità ad operare in questi atti validamente ed efficacemente, ma si equivoca malamente tra la potenza di agire, e i mezzi di assicurare ipotecariamente quegli atti. Ed anche assicurare i suoi atti, lo può bene ciascun degli eredi coi suoi proprj beni, coi suoi acquisti, col suo solo credito resultante da quelle stesse sue proprietà, le quali non può specialmente obbligare; e può così munire di assicurazione le sue obbligazioni. Ma ove anche non avesse il mezzo di *munirle di assicurazione*, altro è il *potere di fare* legalmente un' atto, ed altro il *mezzo di cautelarlo*. Il *potere* deve essere, ed è nella *persona*, il mezzo di cautelarlo è *nelle cose*. Potremmo utilmente aggiungere che se è impedito dal testatore in genere il *volontario*, potrebbe ciò che fosse *necessario* essere approvato dal Giudice perchè il caso di *volontà* a cui una proibizione si unisca, non contiene mai il caso di *necessità*. -- E perchè essendo colla pena sanzionato il precetto, e questa essendo fulminata nel caso di *contravvenzione*, e non essendo contravvenzione secondo le teorie delle obbligazioni penali in ciò che per giusta ragione si fa, o si omette, in questo caso non si applicherebbe la proibizione, ne si sanzionerebbe colla pena. Questa ul-

tima osservazione potrebbe crescere in argomento sommo ed universale per la difesa di tutta la causa. Ma noi passiam' oltre perchè non ne abbiamo bisogno. Non possiamo però passare oltre senza giustificare la memoria d' Adriano Prato dalla taccia che si tenta di dargli, d' avere così, senza causa ragionevole, impedito ai suoi figli l' obbligazione, e l' uso così di quei beni che ad essi lasciava. Quando anche non fosse vietata, si dice comunemente, perchè, e con quale equità, con qual decenza, con qual discretezza si è potuta imporre questa dura legge ai figliuoli, che per dieci anni non possano nè amministrare, nè obbligare la paterna eredità? A questa obiezione il fatto notorio, e che però dee aversi come compreso nel testamento, risponde abbastanza. Il testatore aveva garantito coi proprj beni diverse obbligazioni dei suoi figliuoli. Importava dunque moltissimo che coi frutti dei beni si pagassero gl' interessi di quelle somme perchè la rilevazione dovuta al padre non imbarazzasse la divisione: importava che gl'istituiti non aggravassero ulteriormente la loro quota, finchè da questo peso non si era sgravata, e questo sgravio in dieci anni di economia sopra una quota, come si dice rilevantissima, bene e utilmente amministrata, riunita ai diversi rami delle speculazioni usitate in famiglia poteva agevolmente sperarsi. Però questa legge di non creare obbligazioni che s' invitano i figli ad imporsi, non si trova scritta, nè chiesta a quegli che non aveva obblighi, il quale così non può la-

guarsi davvero che il suo credito si trovi inceppato, nè può lagnarsene altri per lui. - Nè può nemmeno dirsi, come altra volta fu detto, che non vi sia giusta causa nella stabilita amministrazione, sicchè quì almeno si contenga l'ingiuria al decoro dei figli che ne renda loro impossibile l'accettazione. Primieramente è da osservare che quando a favore degl'istituiti fu parlato contro le clausole del testamento, non si volle disgiungere mai il divieto dell'amministrazione da quello di creare obbligazioni, e ciò con molta industria. Poichè anche in contrario si conosceva che il rilascio della semplice amministrazione per dieci anni per se solo era sì lieve cosa da non poterne sostenere o la illegittimità, o la inefficacia, giacchè quando si ritiene dal padrone la proprietà e il godimento, nulla si toglie alla personalità del proprietario offrendogli alcuno che materialmente amministri per un tempo i beni che a lui si donano. Che se si criticano le due proibizioni congiunte, quella cioè di amministrare i beni, e quella di obbligarli, è da dire che quando si dà giusta causa dell'una, o tal causa che come mostrammo refluisce sull'altra, ambedue si difendono: E che se ad alcuno la sola amministrazione è inibita, ma non l'obbligazione dei beni, non v'è bisogno che della inibita amministrazione s'intraprenda la difesa. E' da aggiungere però secondariamente che la giustificazione della inibita amministrazione non manca nè vera, nè espressa nel testamento. Il testatore ha destinato le ren-

dite del patrimonio » principalmente a provvedere alla istruzione, educazione, e alimenti dei suoi nipoti » e però ha voluto che l' amministrazione dei beni fosse nel figlio Massimiliano. Questa causa é scritta specialmente per Ermenegildo e Romualdo e per i loro figli, perchè il loro matrimonio era certo e determinato, e questa destinazione espressa era lecita. Non fu scritta per Tiberio, perchè non era peranche ammogliato, e non si avea un matrimonio certo da contemplare, e perchè questa specie di legato non sarebbe stato valido. Ma vedendosi che il testatore sottoponeva esso pure alla amministrazione del fratello e che anche ai suoi figli voleva estesa (in quanto almeno lo poteva) la concessione dell' abitazione nella casa permessa agli usi comuni della famiglia, è da dire che ove identica fu la disposizione con quella che scrisse per gli altri figli, identica ne fu la cagione. Ora, questa destinazione speciale delle rendite alla educazione, istruzione, mantenimento della famiglia, mentre mostrava la provvidenza dell' avo verso i Nipoti, nei quali era la speranza della famiglia, mentre scansava il pericolo, non dirò già che i padri snaturati dissipassero loro le avite sostanze, ma che alcun creditore indiscreto ed avaro ponesse le mani sù queste rendite, non era ella da aversi per giusta causa per cui in quel tempo primo, in cui la inesperienza degli eredi, e le loro circostanze gli ponevano in pericolo, si assicurasse la quiete della sua famiglia e il progresso della sua edu-

cazione da ogni maniera d'impedimenti? Così per qualunque lato si guardino le clausole del testamento, o nella parte loro condizionale per il bisogno della causa, o nella parte modale pel decoro del testatore, sempre si trova la medesima conclusione: Che nulla di non potestativo, d'impossibile, d'illegittimo, e d'indecoroso è stato ingiunto o richiesto ai figli d'Adriano Prato nel testamento paterno e che quindi non v'è in esso ne ombra, nè traccia di condizione che ecceda la loro potenza naturale e civile.

Cond.ne IV. xxxiv. La condizione, secondo ciò che abbiamo detto, non nuoce al testamento Prato, perchè è unica e potestativa, e perchè assolutamente potestative sono per le leggi e i costumi tutte le ingiunzioni che non investono l'acquisto, o la permanenza della qualità ereditaria. Ma fossero pur molte e non potestative quelle condizioni, la legge 15. *de Conditionibus*, e la sua censura non sarebbero applicabili al testamento mal contrastato, di cui trattiamo. Noi dimostrammo superiormente che il testamento non soggiace alla nullità quantunque contenga alcuna condizione non potestativa se non contiene preterizione; e abbiamo detto che per ragione e per legge non contiene preterizione affatto, se v'è diseredazione pel caso, nel quale la condizione manchi, e se v'è lascito di legittima, o istituzione pel caso di condizione mancata. Ora nei figli d'Adriano Prato v'è l'una e l'altra, (cosa singolare, ma vera!) come andiamo a mostrare

colla lettera del testamento, e per la posizione degli eredi si verifica che il testamento condizionale vale allora per diritto Romano, come vale oggi assolutamente anche per diritto Toscano - Io dico che nel testamento Prato il caso di condizione mancata ha due contemplazioni che pajono incompatibili, e sostengo questa tesi bizzarra colle parole del testamento, e le offro all' esame del nostro veneratissimo Giudice » *Se nel termine sopraindicato* (parla il testatore dei suoi due figli Ermenegildo e Romualdo) *non avranno respettivamente fatto nella forma suddetta le rammentate obbligazioni, e non avranno emessa la promessa della loro pienissima osservanza; con la renunzia giurata ed esplicita a qualunque ragione ed eccezione che eredere potessero a loro competente, allora ed in tal caso li privo, ed intendo che sia il contumace privato dell' uso e dell' abitazione della mia casa... ed in tal caso pure* (ecco la diseredazione) *privo ed intendo che sia privato il contumace della mia eredità e che si consideri come giammai da me nominato erede - E gli lascio* (ecco la istituzione) *soltanto per titolo di legittima quella quota della stessa mia eredità che sono tenuto a lasciargli a forma del disposto delle veglianti leggi* » E più sotto ingiungendo di promettere il pagamento di quattromila Scudi in caso di contravvenzione alla promessa col fatto, e di guarantirlo con Ipoteca si » *Lo che*

« *non facendo o difficoltando di fare, privo an-* « *che in tal caso il contumace del carattere* » *d' uno dei miei eredi universali* (ecco la dise- » redazione) *e lo istituisco come sopra* (ecco in » lettera la istituzione) *e lo istituisco come sopra* » *nella sola legittima di ragione dovutagli* » Le stesse stessissime espressioni sono adoprate dal testatore nello stabilire le condizioni alla istituzione di Tiberio, e così io ho provato il mio primo concetto che questi figli sieno insieme diseredati ed istituiti. Io ho aggiunto che nella posizione del testatore e degl' istituiti, atteso il lascito puro della legittima, vale il testamento per diritto Romano, comunque condizionale, e dico che esso vale per due ragioni distinte per diritto Toscano, a conforto di quei testatori che di quante sanno immaginare condizioni potestative, volessero empiere i lor testamenti. Non è nuova la questione, se lasciata la legittima, cessi per dritto Romano ogni possibile querela di preterizione. Alcuno lo negava se essa non avea seco il titolo della istituzione in erede e ciò per la persuasione che regnò già fra molti che la istituzione fosse necessaria e dovesse estendersi alla porzione legittima, mentre però la più vera opinione porta a fissare che la legittima possa lasciarsi a qualunque titolo, e che la istituzione salvi il testamento, quantunque abbia per soggetto una parte minima della eredità. Se fu questionato sul titolo, fu anche proposta, e poteva proporsi la questione, se la legittima lasciata a titolo d'istituzione escluda la

preterizione quando la legittima stessa è condizionale; ed alcuni tennero che non l' escludesse e il testamento fosse nullo pure in quel caso; altri poi vollero che le condizioni potessero liberamente apporsi dopo la legge ultima *C. de lib. præterit.* e che si dovessero detrarre dalla legittima, stando valido il testamento. Nessuno però ha mai dubitato, nè fatto questione » Se la istituzione nella legittima pura e senza condizioni non supplisca al difetto della istituzione condizionale; ed era riservato l'udirla in questi tempi ed in questa luce di scienze e di leggi! In questa luce di leggi, poichè la nostra legge Toscana del 15. Novembre 1814. si è spiegata siffattamente sulle condizioni, e sulla legittima da far tacere ogni legge adottiva, e la stessa legge Romana, e da proscrivere ogni rigore, ogni cavillazione che tendesse ad annullare per condizioni i testamenti. Infatti, ecco come essa si espresse per insegnare quando e come le condizioni possano essere imposte con efficacia, e per annunziare ai Toscani che per condizioni comunque strane ed assurde, i lor testamenti non soggiacerebbero mai a nullità » *Può lasciarsi la legittima senza* » *l' espresso titolo d' istituzione* (art. 36). *Le proi-* » *bizioni, le condizioni, gli obblighi imposti sul-* » *la legittima si hanno per non scritti, qualora* » *non sia riservato espressamente al legittimario* » *l' arbitrio di accettare la disposizione tale, qua-* » *le essa è, o di conseguire la legittima come di* » *ragione* » - Queste parole non abbisognano di co-

mento, e portano ben più d' un effetto a favore dei testamenti che contengono alcuna condizione in aggravio dell'istituito a sospensione della istituzione. In primo luogo abbiamo l'espressa disposizione sulle condizioni dei testamenti, e sul loro effetto nella più sacra e più necessaria parte del testamento: E però dobbiamo convenire che le leggi adottate cessano tutte in questa materia perchè è di regola che al comparire della legge nazionale sopra una materia determinata, cessa la legge straniera, adottata nel Paese, perchè adottata già per la mancanza di leggi patrie, con questa causa dell'adozione (che causa, fù della legge), dee necessariamente mancare l'effetto, o la legge medesima: E però dobbiamo pur dire che se la disposizione regola il caso più importante, e lascia in libertà il testatore di apporre condizioni sulla legittima, senza che la validità del testamento ne soffra, e purchè si detraggano dalla legittima stessa, colla stessa validità possono apporsi alla generale istituzione d' erede, detraendole dalla sola legittima, senza che possa altrimenti parlarsi d'annullare il testamento. In secondo luogo abbiamo quì la facoltà espressa di apporre qualunque condizione anche sù tutta la istituzione, senza che possa questa detrarsi neppure dalla legittima, quando sia riservata al legittimario la scelta tra la istituzione condizionale e la legittima pura, giacchè la legge ha fatto passare al grado di legge la opinione del Soccino che era passata in giurisprudenza tra noi. Alla quale re-

gola essendosi letteralmente conformato il testatore Prato con quelle parole che abbiamo riferito qui sopra, non ha certamente da temere nè nullità nel suo testamento, nè detrazione nelle sue condizioni. E questa sentenza che fu opinione di molti dopo il diritto Imperiale, diviene oggi chiaro e solenne disposto di diritto tra noi, e siffattamente chiaro e solenne che quando io vi penso, mi pare quasi d'abusare del tempo, e dell'opera; e mi ristarei volentieri da ogni altro argomento. Ma allora un altro pensiero mi dice che forse è la mia corta veduta che non mi fa scorgere la forza delle future difese contrarie, e che però bisogna sforzarsi d'indovinarle alla meglio, e immaginare argomenti, e far confronti quanto è possibile. Proseguiamo dunque, rassicurando così la nostra coscienza, colla necessità d' immaginare e combattere; e poichè la forza, l' autorità, la dignità degl' ingegni che si suppongono pronti a muoversi contro il testamento che prendemmo soli col solo presidio della ragione a difendere... chi lo sà?.. potrebbe pure trovare oscuro ciò che alla tenuità nostra pare evidente, andiamo a cercare nel seguito del nostro confronto nuovi argomenti per difendere al meglio ciò che con questa incredibile forza sarà assalito quando che sia.

XXXV. Quinta Condizione Dicemmo già, e ci pareva di sostenerlo con buone ragioni, che di preterizione non può utilmente parlarsi per distruggere il testamento quando apparisce che, o la preterizione, o la

condizione muovono, anzichè da ingiuriosa dimenticanza, veramente e principalmente da buona e retta intenzione - E da quali argomenti si ricavi codesta retta e amorevole intenzione verso que' medesimi che nella preterizione sono involti, e assoggettati alla condizione, noi lo dicemmo egualmente (§. 24.) Ora, egli è certo, almeno secondo il modo nostro d'intendere, che queste ragioni d'amorevolezza pei suoi animavano Adriano Prato a disporre siccome fece. Nella lunga sua malattia, che coll'indebolirgli le membra gli serbava, o gli cresceva le forze dell'animo, guardava egli tranquillamente al di là del sepolcro, e vagheggiava un sistema di famiglia che prima disegnava da eseguirsi sotto i suoi occhi, e poi volea trasportare al di là del suo vivere col suo testamento. Questo primo disegno che si minacciò di produrre negli atti, come qualche cosa di affatto diversa da quel testamento che gli successe dopo pochi giorni è il patto di famiglia del dì 30 Settembre 1832. che comincia a mostrare i desiderj, esternati poi dall'ottimo padre di famiglia, nel suo testamento. In questo patto che si trova soscritto dal Padre e dai figli, o almeno dal maggior numero tra essi, il padre distribuisce le cure della famiglia, e conferisce all'uno dei figli coll'altro le cure della materiale amministrazione, della quale a se riserbava la presidenza, a un terzo l'obbligo del vigilare e tenere la scrittura, e fà suo procuratore e vicegerente e consigliere della famiglia il figlio Dottor Massimiliano, e

trasporta nel Sacerdote Luigi la somma della morale direzione, e, a così dire, la cura dei domestici sacramenti. I figli designati ad amministrare ed a scrivere ed a curare la famiglia non amarono di firmare quel foglio; e il padre di famiglia allora, tornandosi a mente quel potere che la natura e la legge concedono al capo della domestica società, pigliò a dettare il suo testamento. E ritenne il concetto di quel primo patto; e mirò a stabilire un' unione ordinata, e fece pur là que' due capi, l'uno per le cose del corpo e pe' materiali bisogni, e fu Massimiliano Prato destinato a portare coll' amministrazione e coi provvedimenti prescritti il peso del giorno, e del caldo, e l'altro per quel che concerneva allo spirito e pei bisogni d'un' ordine più sublime, e fu il Sacerdote Luigi, a cui professò in quel testamento un' amore speciale, e mostrò una somma fiducia nello zelo suo pastorale e familiare, e forse contando sulla sua cooperazione, non dirò soverchiamente, ma certamente moltissimo, gl' impose quel sacrifizio, e l'invitò a dare quell' esempio di staccamento dalle cose materiali e sensibili che si legge nel testamento. Poichè, giudicando che stasse contento, come l' Apostolo, al vitto e al vestito ampiamente provvistogli colla legittima, o con quel più che l' annua prestazione di scudi trecento sciolta da ogni pensiero amministrativo gli assicurava, trasferì il resto della sua parte a Massimiliano per premiarlo del molto che, lui vivente, aveva fatto e sofferto negli affari eco-

nomici e giuridici della famiglia, e per dargli forse anche un tal qual compenso al futuro per quelle gravi cure che oggi si criticano acerbamente ad opportunità di causa, ma che noi abbiamo mostrato superiormente (§. 32. p. 83) quanto fossero utilmente e giustamente concepite nell' interesse de figli; due dei quali poi, come si erano mostrati restii ad amministrare il patrimonio paterno secondo il patto di famiglia nella vita del padre, era da temere che fossero egualmente scontenti d' amministrare il patrimonio loro proprio dopo la di lui morte. Così le parti del fare erano assegnate ai figli nel testamento col medesimo spirito che aveva dettato il patto di famiglia, sicchè, tra le moltissime cose che sono oggi da indovinare nella contraria difesa, una è quella del modo, col quale si voglia stabilire la differenza somma tra l' animo che stringeva quel patto, e quello che comandava e voleva in quel testamento, come si diceva in contrario all' udienza. Il quale animo, per indovinare anche quì qualchè cosa, se vuolsi dedurre dalla benevolenza e fiducia mostrata nel testamento a Massimiliano Prato, è singolare che più assai si manifesti nel patto di quel che apparisce nel testamento. E' da consultare particolarmente l' art. sesto, e settimo di quel primo atto per vedere in quali termini questa paterna fiducia si mostri » *Incarico*; vi si di» ce, *il Dottore Massimiliano Prato mio figlio di* » *tutta la parte economica e direttiva della fa*» *miglia, a invigilare al buon regolamento di tut*-

» *te le mie cose, ed al ben essere delle famiglia*
» *medesima, e sorvegliare tutti i suoi fratelli, e*
» *specialmente le sue sorelle che raccomando vi-*
» *vamente alla sua affezione, dirigendoli con sa-*
» *viezza, moderazione, ed attaccamento nel di-*
» *simpegno delle loro respettive ingerenze come*
» *sopra attribuitegli; raccomandando con tutto*
» *il fervore del mio cuore a questi ed a quelle*
» *la docilità ed amorevolezza verso il loro fra-*
» *tello, al quale ordino che tutti i miei figli deb-*
» *bano referirsi per ciò che riguarda le loro re-*
» *spettive incombenze; dovendo il medesimo es-*
» *esser l'organo di tutti i miei ordini, e dispo-*
» *sizioni, e ciò per l'oggetto di stabilire l'UNITÀ*
» *nell'AMMINISTRAZIONE. Incarico Massimiliano*
» *di trattare gli affari tutti della famiglia, ri-*
» *tirare le rendite, comprare e vendere ciò che*
» *conviene per interesse della famiglia medesima,*
» *vendere le rendite e prodotti patrimoniali, ri-*
» *tirare frutti, fare ricevute in mio nome e fare*
» *tutti gli atti che sono inerenti all'amministra-*
» *zione delle mie cose, costituendolo Procuratore*
» *ad negocia e trasferendoli tutte le facoltà ne-*
» *cessarie all'oggetto, di che si tratta, confidan-*
» *do molto nella sua capacità e nel conosciuto di*
» *lui attaccamento per la famiglia.* » Queste parole di lode, e di fiducia, di cui non usò mai prodigamente Adriano Prato nè in quell'atto, ne in altri della sua vita, giustificano l'incarico dato ad esso nel testamento di amministrare per dieci an-

ni le quote ereditarie dei fratelli, onde provvedere colle rendite principalmente alla istruzione, educazione e mantenimento dei figli delle famiglie, di eseguire il testamento paterno, di fondare il benefizio Ecclesiastico ordinato nel testamento, di farne eseguire gli obblighi sino alla fondazione, di nominare e presentarne il Rettore, di esaminare tutte le carte e pagare i debiti ereditarj, di prestare l'abitazione ai fratelli nella casa paterna ed ivi con essi convivere, ed altri obblighi, che da quel testamento provengono. E questi obblighi pure, dei quali questi primi tempi, e gli atti del Tribunale, innanzi a cui pende la causa presente moltiplicati fuor di misura (e non da Massimiliano) mostrano la gravità, e la difficoltà, giustificano il prelegato fatto a favore di questo figlio del resto della porzione del Sacerdote Luigi Prato. Questa porzione a quel Sacerdote era inutile affatto, poichè egli era ampiamente provvisto e dalla Chiesa e dalla famiglia; e siccome aveva da pensare a se solamente, il padre, seguendo gli esempj continui e comuni di tutti i padri di famiglia verso i loro figli consacrati al ministero religioso, doveva porre tra lui e i suoi fratelli capi di famiglia una differenza notabile. La qual differenza parve al padre sì giusta e sì naturale che non la credè dispiacevole o sospetta neppure al figlio medesimo che la sentiva, e si tenne sicuro dell'esito nel raccomandargli specialmente, come a tale che si trovasse beficato e contento, la cura della famiglia che in quel

primo patto gli aveva pure confidata. E questa porzione inutile al Sacerdote era certamente bene spesa non solamente per ricompensare Massimiliano di tuttociò che aveva fatto per la famiglia paterna, ma ancora per indennizzarlo in qualchè parte delle fatiche somme che le imposte cure portavano seco, e particolarmente delle perdite che gli cagionavano, non permettendogli di attendere con tranquillità alla sua legale professione che nel doppio carattere di Procuratore legale e di Notaro gli presentava, come molte occupazioni, così molti lucri, quando egli non s'impiegava gratuitamente e siccome aveva fatto per lunghi anni, negli affari della famiglia. Tutto questo sia detto per mostrare che v'è armonia fra il patto ed il testamento, che una sola volontà dettava questo e quell'altro, e che questa volontà era quella sola e precisa del testatore; e tutti quei che lo conobbero sanno se egli aveva una volontà propria e fissa da malato e da sano, e sanno ancora se questa volontà non fosse anzi troppo sua, e troppo ferma piuttostochè mobile ad ogni vento, e docile alle altrui suggestioni. E se non tutti poi, lo sanno certamente moltissimi quante inquiete istanze avesse egli in due anni per mutare quel testamento, e come or colle buone, or colle brusche, or colle niune risposte deludesse tutti gli sforzi, e continuasse per due anni, e fino alla morte, a voler fortemente, quel che una volta prudentemente ed amorosamente aveva voluto. E quando diciamo che tutto volle prudententemente ed amorosamente, e,

a dirlo sulle tracce del testo, con buona mente; non ne escludiamo nè la condizione del testamento, nè i modi ingiunti; nè quel prelegato al figlio che era la necessaria conseguenza e remunerazione delle ingerenze e fatiche sue, per le quali quelle ingiunzioni giustissime poteano avere effetto. Ed ingiunzioni giustissime noi le mostrammo di sopra (§ 32. pag. 83.) e scritte nel senso della giustizia e dell'amore e della *buona mente* verso i figliuoli; e tali le mostra la verificazione delle circostanze assegnate dai nostri, e da noi dichiarate (§. 24) che apparisce evidente nel testamento. E se si vuole che ricorra qualità di persona diletta nell'aggravato, è da avvertire che si trattava di figli, e di figli a tal padre che e col creare loro un pingue patrimonio, e col prodigare a loro favore ogni possibile cura e dispendio, e con fare per essi ogni opportuno sacrifizio, aveva mostrato che essi gli erano a cuore veramente, siccome si legge lungamente espresso in questo primo atto familiare, ed in questo ultimo che oggi si perseguita a morte. E se si chiedono segni reali ed effettivi di questa dilezione permanente nel testamento, noi ricorderemo che un padre libero a disporre del suo al di là della legittima, ha lasciato a ciascuno di questi figli una eguale porzione del pingue suo patrimonio; e se ha ordinato quelle restrizioni di cui si fà querela, le ha dirette al vantaggio dei figli, ed alla prospera educazione della loro discendenza. Se si dirà che la

qualità e le circostanze delle persone debbono esigere questo provvedimento perchè abbiasi per retto e legittimo, noi ricorderemo al proposito queste circostanze che rammentammo superiormente e le premure scritte anche nel patto di famiglia perchè s'astenessero i figli dallo speculare in commercio paricolarmente, e le cause di queste premure. E se finalmente si dirà che bisogna pure che questa buona direzione della mente paterna al vantaggio dei figli apparisca dal testamento, noi diremo due cose - E la prima è questa: che ciò che è notorio, non ha bisogno di essere espresso; e la seconda è: che tutto intiero il testamento, e il patto di famiglia che sostenemmo esserne, a cos dire, il preliminare, son pieni e ridondanti delle espressioni benevole del testatore, e di quelle pure intenzioni che lo animavano al bene dei figli e alle provvisioni opportune per la loro discendenza: Che se dopo tutto questo vi fu chi osò scrivere nella contraria domanda la turpe accusa che quell'ottimo Padre tentò di rendere il Dottor Massimiliano l'arbitro della famiglia e il tormento continuo dei suoi fratelli, noi non sapremmo dirigergli miglior parola di questa » *Dio lo perdoni e lo ravvegga!* »

XXXVI. Sesta Condizione. Esigemmo finquì che vi sia nel testamento perchè si esso trovi nel caso contemplato dalla legge *Filius* una condizione che contenga il formale (l'ingiuria cioè, e il danno) della preterizione ma mostrammo di più nell'ana-

lizzare le nostre leggi (§. 25.) essere poi sempre necessario che la proibita condizione esista vera e propria e materiale ed imposta nel testamento, sicchè questa assoluta e sussistente imposizione forma la sesta condizione giuridica perchè la legge *Filius* possa applicarsi. Ed aggiungemmo che se il testamento non contiene realmente e giuridicamente la condizione o perchè affatto non vaglia, o perchè debba considerarsi come non scritta, la istituzione è pura, e non può parlarsi nè di condizione, nè della di lei efficacia a danno del testamento. Confrontando ora questa dottrina col fatto, troviamo che noi siamo precisamente in questo ultimo caso, e però il testamento è fuori della legge perchè il testatore colle chiarissime parole che riferimmo (§. 6. pagina 8.) volle che tutte le disposizioni che potessero trovarsi nel suo testamento contrarie alle *leggi si avessero per non scritte*. E veramente tale è il senso e l'effetto di questa frase » aversi per non scritta » apposta ad alcuna disposizione, che quella tale disposizione o sia stata invalida a principio, o sia venuta e caduta in un caso, dal quale non potè cominciare, sia nulla, e tanto, e talmente, come se il testamento materialmente non la contenesse. Tale è il senso e l'effetto della frase che dichiara » aversi alcune disposizioni per non scritte » *ut perinde haberentur*, diceva Ulpiano nella legge *1. de his quæ pro non scriptis habentur, ut perinde haberentur ac si insertæ testamento non fuissent*. Così, se le

disposizioni contrarie alle leggi volle il testatore che si avessero per non scritte, l'Avversario che sostiene essere queste nostre condizioni contrarie alle leggi, e segnatamente alla legge 15. *de conditionibus institutionum*, concorda insieme che queste condizioni debbonsi avere per non scritte, cioè a dire debbano considerarsi *per non inserite nel testamento*. E se il testamento *non ha condizioni scritte* e non ve n'è in esso INSERITA ALCUNA perchè quelle che vi si leggono debbono aversi PERINDE *ac si insertæ in testamento non fuissent*, la istituzione è pura nel concetto dell'Avversario, il quale non può disgiungere la condizione dalla esecuzione della volontà del testatore che la impose solamente purchè si trovasse legittima e valida, e volle che ove questa, o altre sue disposizioni incontrassero ostacoli e si riconoscessero contrarie alle leggi, si avessero per non scritte, e ciò anche perchè *quæ in eam caussam pervenerunt, a qua incipere non poterant pro non scriptis habentur* come diceva Marciano riferito nella legge 8. *de his quæ pro non scriptis habentur*. Perlochè, noi diciamo che (sempre nel concetto dell'Avversario) la condizione che egli denunzia per contraria alle leggi non può per LUI produrre effetto, e dovendo aversi per lui come non scritta, non può egli lagnarsi di una istituzione, la quale sostenendo esso infetta di condizione proibita, dee riconoscere a senso del testatore, come pura e legittima. E se tale dee sempre essere il concetto dell'Avversario, tale dee poi es-

sere la sentenza del nostro Giudice; che se trova giusta la condizione, l'approvi col testamento, e se la trova contraria alle leggi, l'abbia per non voluta, e non scritta, e non inserita nel testamento, e sanzioni allora come pura la istituzione col suo decreto.

XXXVII. Settima Condizione. Quando un testamento sia veramente in quei difetti che la *legge Filius* censura e corregge, vuole essa che il figlio *infermi egli stesso il testamento paterno* cioè, che egli per la indole delle cose, e per la necessità della causa proponga la querela e chiaro mostri l'animo di valersene perchè cadrebbe essa e svanirebbe se il figlio mostrasse la disposizione di subire le condizioni e di accettare il giudizio paterno. E vuole così che denunzi egli stesso le condizioni, e dimostri che esse son fuori della sua potestà: E vuole dunque che egli riceva le eccezioni del reo, e finalmente che solo si lagni d'un offesa che lui solo ingiuria e danneggia (§. 27.) Ora, confrontando questi voleri della legge colla loro esecuzione, per cui in settima Condizione si esige che l'azione contro il testamento sia personalmente promossa dal figlio istituito condizionalmente, troviamo che la legge nostra è in se stessa e nei suoi motivi in più d'un modo nel caso attuale manifestamente violata. E' violata perchè il figlio offeso non si presenta in giudizio - è violata perchè le condizioni appariscono potestative, ed egli non le accusa per farà avvertito il Giudice che non hanno questo caratte-

te che appare di fuori; è violata perchè invece di querelare il paterno giudizio l'istituito l' accettò già, e dichiara ora che vuole tacere, e non tenta pure, se anche il potesse, di revocare quella sua accettazione. Percorriamo rapidamente queste circostanze, le quali stanno a mostrare come questa settima condizione manchi nei suoi elementi, e nei più urgenti tra i suoi motivi - La prescrizione delle leggi e la condizione manca perchè non è l'offeso che agisce; ed Ermenegildo, e Romualdo e Tiberio Prato, istituiti condizionalmente, nè agiscono, nè vogliono affatto prendere parte in questo Giudizio, come hanno solennemente dichiarato negli atti scritti e all' udienza, dicendo che non intendono affatto di contestare lite, o di comparire e parlare in giudizio. Manca la volontà delle leggi perchè la condizione imposta nel testamento di promettere, e renunziare, siccome provammo (§. 32) nel suo esteriore e nella sua sostanza è assolutamente potestativa - è anche detratta per volontà del testatore dal testamento se apparisse contraria alle leggi, ed è così in uno stato d' implicita non solo, ma di patente validità. Così è necessario che la questione di fatto sulla pretesa indole non potestativa, e impossibile di questa condizione sia istituita; è necessario che sia istituita dai figli che presentando al giudice e al convenuto lo stato delle forze loro fisiche morali e giuridiche e comparandole colla condizione imposta mostrino, se è possibile, che la condizione eccede la loro potenza. E in questa assoluta necessità d' isti-

tuire la questione di fatto sulla indole di quella condizione nessuno degli offesi si presenta a misurare le sue forze con quelle che la condizione esige, sicchè il giudizio necessario a prevenire l'applicazione della legge non può pure istituirsi, non che possa consumarsi - Manca la volontà della legge perche gl'istituiti condizionalmente hanno dato tutti i segni di riconoscere non solo per potestativa la condizione ma di accettare e di volere eseguire il giudizio paterno. Ma che parlo di segni? l'hanno accettato veramente; ed ora nè *possono*, nè *vogliono* contravvenire alle precedenti loro dichiarazioni: non le possono all'effetto d'annullare il testamento perchè se fosse per condizione annullabile, tostochè è accettato, si convalida; non lo vogliono perchè l'hanno solennemente dichiarato in questo giudizio. E a questo proposito è da rammentare che in due giudizj gli eredi istituiti dichiararono negli atti questa loro disposizione a subire le condizioni loro imposte; ed espressamente e avanti i termini prescritti dal testatore accettarono il testamento paterno: E quantunque unissero ai loro atti alcune proteste tendenti a riservarsi il diritto in seguito ad insorgere contro il testamento se mai apparisse nullo, dissero, e singolarmente in appello, che queste proteste non offendevano la sostanza della prescritta *loro adesione* ed accettazione, e pretesero anzi di sostenere come è scritto negli atti e nella sentenza d'appello » *Che la dichiarazione in disputa era » sostanzialmente coerente* alle paterne disposizio-

» ni: *Che i riservi e le proteste in detta dichia-*
» *razione contenuti;* siccome non davano, nè *to-*
» *glievano, così in nulla alteravano* la sostanza
» *della medesima guarantita* altronde *da tutte* le
» specifiche *catatteristiche che nel testamento*
» *paterno si leggevano* » Alle quali dichiarazioni essendo succeduta la sentenza di appello, la quale corresse la prima sentenza che dichiarava l' atto di accettazione nullo ed inefficace, e si limitò a dichiarare che l' accettazione emessa non conteneva la solenne dichiarazione ordinata nel testamento, è da dire che quell' atto di accettazione è attualmente in istato di validità, sicchè si può sostenere che il paterno giudizio non solo, ma le condizioni del testamento sono accettate. E siccome l'atto emesso dagl' istituiti ha due parti; l' una dispositiva e l'altra preservativa, e nella dispositiva si contiene l' accettazione del testamento, e siccome la preservativa si volge al futuro e contiene solamente dei riservi di fare e dire a condizione che gli eredi lo vogliano e lo possano e se si troverà nullo il testamento, e di questi preservativi ora non si fa uso e si dichiara di non volerlo fare e non volere lite, pare collocato fuor d'ogni dubbio il concetto che vi *sia attualmente* vera e propria accettazione del giudizio paterno. Che se questa accettazione potesse pure revocarsi in futuro (e noi nol crediamo possibile) per i riservi fatti, non è men vero che fino all' uso di questi riservi quella accettazione gode di tutta la forza e produce a dan-

mò dei suoi autori e dei terzi tutte le conseguenze, perchè non è stata dichiarata nulla, ma la Corte di appello correggendo in quel proposito, o dichiarando la prima Sentenza ha detto » *doversi in-* » *vece della pronunzia di nullità dell' atto.....* » *unicamente dichiarare, conforme in* RIPARAZIO- » *ne dichiara che il precitato atto de' 19. Mag-* » *gio non contiene la solenne obbligazione, pro-* » *messa, e giurata renunzia ordinata dal testa-* » *mento* » Colla quale dichiarazione ha lasciato all'atto ogni sua forza, conseguenza e validità, e ha giudicato unicamente che non conteneva la solenne obbligazione, promessa, e giurata renunzia ordinata. E siccome fra le conseguenze dell' accettazione del figlio condizionalmente istituito, v'è questa di operare la validità del testamento, pare da ritenere che, per gl' istituiti e pei terzi, il testamento è oggi in quello stato di validità che non permette affatto agli eredi intestati di muoversi a chiedere il possesso della eredità legittima, come se non esistesse testamento, siccome a giudizio di molti il potrebbero, se il testamento fosse, per altre leggi che questa, colpito da un assoluta nullità. Per le quali ragioni è da dire che manca in questo giudizio la persona legittima dell' Attore, e che con essa manca la settima condizione della legge nostra, la quale concede in lettera al figlio; ma al figlio offeso dalla condizione (*filius sub conditione istitutus*) ed a lui solamente, la facoltà di querelare ma solamente quando la vuole e quando agisce in giudizio, che tale

è l'indole di ogni facoltà, volerne usare ed usarne la facoltà, io dico, d'infermare il testamento paterno » *Filius qui fuit in potestate sub conditione institutus testamentum infirmet patris* ».

XXXVIII Ottava Condizione. Colla persona legittima esige la nostra legge che si deduca in Giudizio contro il testamento l'azione legittima; e noi dicemmo qual' essa sia nelle diverse circostanze, secondo i varj sistemi degl' interpreti variamente e pei luoghi accettati dai tribunali (§. 39.). E tra tutte queste azioni, e, riunendo tutte le sentenze, non ve ne ha certo alcuna che al figlio fuori della potestà paterna permetta di considerare il testamento paterno, in cui egli è offeso, come colpito da NULLITA' ASSOLUTA, nè che la querela di assoluta nullità operativa della totale distruzione del testamento a lui attribuisca. Nè vi ha poi legge al mondo che permetta agli altri eredi legittimi, ancorchè figli, di valersi talmente dei diritti competenti all' emancipato, o qual' altro si trovi fuori della potestà, da considerare come già nullo il testamento per la di lui condizionale istituzione, e dedurne, come cosa fatta, la nullità assoluta. Confrontando però con queste disposizioni il fatto, mi pare che ciò che non mai le leggi dissero o permessero siasi avuto per detto e permesso, e sia stato fatto in questo giudizio dall' attore. Vediamo se ciò che mi pare sussista, e se sussistendo sia vero che anche l'ottava condizione della legge sia stata violata in questo Giudizio,

Tacciono in questa causa, e dichiarano di volersi stare in silenzio gl'istituiti condizionali. Comparisce il figlio puramente istituito nella legittima, e » deducendo la nullità assoluta del testamento, e nel concetto e, sul fondamento unico di questa nullità che dice manifesta per difetto sostanziale che s' incontra nella intrinseca solennità del medesimo, domanda ciò che al caso di nullità assoluta, deducibile in Giudizio dall'erede legittimo stima conveniente. » E quindi chiede (domanda principale del 17. Agosto 1835.) che sia giudicato, e sentenziato » *Primo, essere nullo ed inattendibile in ogni sua » parte il suddetto testamento ricevuto dal sig. » Notaro Antonio Pazzini: Secondo Che la ere- » dità del fù sig. Adriano Prato suo Genitore » si è aperta, e si è deferita ab intestato per » eguali porzioni ai di lui figli maschi Sacerdo- » te Luigi Comparente, Ermenegildo, Dottore » Massimiliano, Romualdo e Tiberio, salva la » legittima che per le veglianti Leggi, ed in coe- » renza delle medesime può essere dovuta alle fi- » glie femmine dello stesso fù sig. Adriano, a » loro discendenti: Terzo: Che in conseguenza » di ciò, salva la legittima come sopra, l'anzidetta » eredità deve dividersi a parti perfettamente u- » guali fra i menzionati figli maschi del fù sig. » Adriano Prato, e che perciò il Comparente » Sacerdote Luigi deve ottenere sulla medesima » eredità una quota virile* » In questo stato di cose mi parve da dire che l' Attore ha intentato

un'azione che nè a lui competeva, nè a quello, da cui pretende desumere la sua domanda. E veramente, per accennare prima qualche cosa sulla indole dell' azione e vedere poi se questa azione competa all'attore, o ad altri, da cui possa egli prendere ragione, sembra che egli abbia agito nel supposto che la legge abbia già operato coll'annullare di pieno diritto il testamento di Adriano Prato, sicchè nella sua nullità assoluta possano proporsi tutte le azioni che competono all' erede legittimo, ove si apra intestata la successione. Questo modo d'intendere resulta dalle frasi e dalle istanze del contrario libello. Dalle frasi perchè vi si dice apertamente che il testamento peccò per modo che le leggi lo colpirono di assoluta nullità, che la successione d' Adriano Prato al suo aprirsi, e deferirsi medesimo ossia tostochè morì quell' individuo, a cui apparteneva il Patrimonio, si aprì legittima, e si deferì ai suoi eredi legittimi *ab intestato*. Dalle istanze, perchè non si chiede che con cognizione di causa il testamento per opera del Giudice, e sulla richiesta giudiciale degl' interessati venga totalmente, o parzialmente *rescisso*, ma si chiede che si dichiari essere già nullo il testamento, ed essersi già aperta intestata la successione, lo che era solamente da pronunziare quando il figlio suo in potestà secondo l'antico diritto agiva in giudizio, chiedendo la eredità legittima del padre che lo aveva offeso colla preterizione. E ciò meglio resulta anche dal vedere che neppure è la querela di nullità *ex jure antiquo* l'azione che s' intenta, ma veramente e pro-

priamente la petizione di eredità parziaria, di cui è disposto nel titolo dei digesti *si pars hereditatis petatur*, poichè senza precedente giudizio rescindente si esige che il Tribunale dichiari che una quota della eredità intestata di Adriano spetta all'attore Don Luigi Prato, ed entrando anche nell'azione *familiæ erciscundæ* si chiede che ne sia a parti eguali tra l'attore ed i suoi fratelli ordinata la divisione. Si procede così nel sistema dell'assoluta nullità, e della superfluità ed inutilità di ogni cognizione di causa, e d'ogni intervento di attore offeso nel giudizio, lo che noi mostrammo nella precedente condizione e più sopra, essere affatto fuor di ragione. E procedendo così si suppone che la legge abbia già ridotto a causa d' intestato la successione, e che perciò ogni erede legittimo possa giovarsene, e chiedere la eredità. Ma noi abbiamo già dimostrato che quell'effetto di annullare il testamento si attribuiva unicamente, e per dritto antico alla preterizione del figlio in potestà erede suo, che solamente dietro a lui potevano muoversi gli eredi legittimi nel senso di quelli che gli crederono abilitati a considerare come aperta la successione legittima, e che il figlio fuor della potestà anche colpito dalla preterizione non potè mai nè annullare colla sua nuda esistenza il testamento paterno, nè querelarlo di nullità, nè aprire colla sua esistenza medesima l'adito agli altri eredi legittimi a considerare per nullo un testamento che il diritto Civile non annullava, e che il diritto Pretorio

riconosceva come valido, riserbandosi il Pretore la facoltà di dare il possesso dei beni al figlio colpito dalla preterizione ma solamente se muovesse esso personalmente la istanza col promuovere dentro l'anno la petizione possessoria della eredità stabilita dalle leggi nel titolo dei digesti *de possessoria hereditatis petitione*, in virtù della quale otteneva il possesso dei beni contro le tavole, salvi però molti legati, ed altre disposizioni, e quelle singolarmente a favore dei discendenti del testatore, come è da vedere nelle leggi riferite al titolo *de bonorum possessione contra tabulas*. Che se avesse a dirsi che la Novella 115. ha contemplato anche il figlio fuor della paterna potestà, sarebbe sempre vero che non è possibile riconoscere in questa Novella una assoluta nullità minacciata al testamento, ma una parziale rescissione della istituzione operata dal Magistrato, sempre però sul reclamo dell'offeso, sempre per via di sentenza, sempre con preservazione di tutti i legati, e d'ogni altro capo del testamento. Alla quale condizione allora può dirsi che sia pure stato ultimamente ridotto il testamento a danno del figlio in potestà, il quale, ove ciò fosse, non potrebbe più avere per assolutamente nullo il testamento paterno viziato da condizioni proibite, e dovrebbe egli, e solo, promuovere l'azione, perchè la giurisdizione del Magistrato rescindente, sulla querela dell' offeso, dee precedere il rescissorio, o il giudizio di effetto, con cui si chiede la eredità. Così non esistendo in giudizio il legittimo attore, non essendo intentata

l'azione legittima, siam convinti di non avere azzardato nulla dicendo che anche l'ottava condizione, sotto la quale può farsi luogo alla legge invocata in contrario è violata.

CONCLUSIONE

E, se solamente ove otto distinte condizioni si verificassero congiuntamente, procederebbe la legge invocata dai nostri Avversarj, e se il nostro corto vedere e il languido nostro immaginare non ci mostrano altra legge favorevole al concetto dei nostri dottissimi Contradittori, e se tutte queste condizioni si trovano mancanti, mentre basterebbe la mancanza d'una sola perchè la legge non fosse altrimenti conforme al fatto attuale, che resta a noi da fare e dire ulteriormente? Ci resta da depositare la umile nostra difesa a' piedi del Tribunale, perchè il Magistrato sapientissimo che è posto in quell'augusta sede a difesa dei diritti privati, supplisca per la somma sua religione e dottrina ciò che a noi manca ed alla povera opera nostra: E dopo averlo scongiurato per la santità degli atti che anco nel dubbio aspettano la sua protezione, per la quiete delle famiglie che nelle sue Sentenze dee trovare o conservazione o ristoro, per la inflessibile forza delle leggi che vegliano sollecite per difendedere quella santità, e serbare quella quiete, a degnarsi di pronunziare una parola di salute a validità del testamento, a onore del testatore, ci resta infine